

Endringer av programvareutviklingsavtaler

Endringshåndteringssystemet ved bruk av iterativ
utviklingsmetode

En analyse av regelsettet i PS2000



Kandidatnummer: 369

Veileder: Ingvild Hanssen-Bauer

Leveringsfrist: 27.11.2006...

Til sammen 17955* ord

07.06.2007

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>5</u>
1.1	Oppgavens tema	5
1.2	Særtrekk ved programvareutviklingsavtaler	6
1.3	Faktisk avgrensing og rettslig plassering	9
1.4	Hensyn bak reglene om endringshåndtering.	10
1.5	Hva er en endring?	11
1.5.1	Oversikt over problemstillinger omkring beskrivelsen av ytelsen	12
<u>2</u>	<u>PRESENTASJON AV PS2000 KONTRAKTSSTANDARD</u>	<u>14</u>
2.1	Bakgrunn, anvendelsesområde og struktur	14
2.1.1	Utfordringer og valg av løsninger	15
2.1.2	Standardens struktur	17
<u>3</u>	<u>RETTSKILDESITUASJONEN</u>	<u>18</u>
3.1	Innledning	18
3.2	Tolkning av standardkontrakter	18
3.3	Hvilken bakgrunnsrett kan legges til grunn for analysen?	19
3.3.1	Kontraktsrettslig lovgivning	19
3.3.2	Rettspraksis og voldgift	19
3.3.3	Standardkontrakter om tilvirkning	19
3.3.4	Presentasjon av relevante standardkontrakter.	20
3.3.5	Oppsummering - valget av relevant kontraktspraksis	21
<u>4</u>	<u>BESKRIVELSEN AV YTELSEN I HENHOLD TIL PS2000</u>	<u>22</u>

4.1	Innledning	22
4.2	Utviklingsmetodens betydning for beskrivelsen av ytelsen	22
4.2.1	Spesifisering av ytelsen ved fossefallmetoden	22
4.2.2	Spesifisering av ytelsen ved iterative metode	23
4.2.3	Forholdet mellom utviklingsmetode og leverandørens ansvar for leveransen	24
4.3	Regulering av beskrivelsesprosessen i PS2000	24
<u>5</u>	<u>KONTRAKTMEKANISMER AV BETYDNING FOR ENDRINGSHÅNTERING</u>	<u>27</u>
5.1	Bestemmelser av betydning for fastleggelsen av pris og fremdrift	27
5.2	Usikkerhetshåndtering og risikofordeling i PS2000	27
5.3	Utviklingsmetodens betydning for endringsreglene	28
<u>6</u>	<u>ENDRINGSHÅNTERINGSREGLENE I PS2000</u>	<u>30</u>
6.1	Innledning	30
6.2	Kundens endringskompetanse i konstruksjonsfasen	30
6.2.1	Innledning og behov	30
6.2.2	Rettsgrunnlag	30
6.2.3	Begrensinger i endringskompetansen.	32
6.2.4	Positiv endringsordre	32
6.2.5	Negativ endringsordre.	33
6.2.6	Endring av fremdriftsplanen	34
6.2.7	Leverandørens plikt til konsekvensutredning.	39
6.2.8	Kostnads- og tidsmessige virkninger av endringer i arbeidet	42
6.3	Kravet om endringsordre	44
6.3.1	Innholds- og formkrav i PS2000	46
6.4	Rettsvirkninger av utstedt endringsordre	47
6.4.1	Når inntreffer leverandørens utførelsesplikt	47

6.5	Leverandørens krav om endringsordre	50
6.5.1	Innledning	50
6.5.2	Hensyn bak og formålet	51
6.5.3	Hovedregelen	52
6.5.4	Rettsvirkninger	54
6.5.5	Varslingsreglenes anvendelsesområde	56
<u>7</u>	<u>OMTVISTET ENDRINGSORDRE OG TVISTELØSNING UNDERVEIS</u>	<u>59</u>
7.1	Omtvistet endringsordre i PS2000	59
7.1.1	Innledning	59
7.1.2	Begrepet omtvistet endringsordre og arbeidsplikten	60
7.1.3	Vurdering av reglene om omtvistede endringsordre i PS2000	61
7.2	Konfliktløsning i PS2000	63
7.2.1	Hensyn for og imot tvisteløsning underveis	64
7.2.2	Intern prosedyre	64
7.2.3	Ekstern prosedyre	65
7.2.4	Vurdering av prosedyrereglene i PS2000	66
<u>8</u>	<u>AVSLUTTENDE BEMERKNINGER</u>	<u>67</u>
<u>9</u>	<u>LITTERATURLISTE</u>	<u>69</u>

1 Innledning

Under oppfyllelsen av systemutviklingskontrakter vil det stadig være behov for endringer av den opprinnelige avtalte ytelse. Det kan være at kunden ønsker å endre den beskrevne funksjonalitet, som ble spesifisert før avtaleinngåelsen. Behovet kan også oppstå som en følge av at kunden har endret mening om hva som er mest hensiktsmessig under prosjektets gang. F. eks kan programvarefunksjonalitet som tar seg godt ut på papiret virke lite hensiktsmessige når programmene blir utprøvd i kundens reelle produksjonsmiljø. I denne type kontrakter vil det som hovedregel være et stort behov for endringer. Hvis partene ved alle fremsatte endringsforslag skulle forhandle om disse omfattes av avtalen eller ikke, ville det kunne og grunnlag for mange konflikter underveis i utviklingsprosjektet. Partene er derfor tjent med at de fleste konflikter løftes ut av prosjektet slik at de ikke forstyrrer fremdriften.

Endringshåndteringssystemer har blitt utviklet over tid i forbindelse med avtaler om å tilvirke noe i en fremtidig prosess og har sine røtter fra fabrikkasjonskontraktene. Systemet skal regulere når arbeidet skal utføres, fremdriften av arbeidet og samtidig skal det ivareta tvister som oppstår underveis.

1.1 Oppgavens tema

Hovedtema for denne oppgaven er å analysere reglene om endringshåndtering i PS2000 når det som skal fremstilles er et eller flere datamaskinprogram til en bestemt kunde. For å belyse problemstillingene vil jeg drøfte standarden i lys av relevant kontraktspraksis på rettsområdet og vurdere om reglene er hensiktsmessige i forhold til den tiltenkte bruk. Det innebærer også at de rettslige problemstillinger som en bruk av endringshåndteringssystemet i PS2000 reiser må identifiseres. Hvilke fordeler eller ulemper gir en bruk av standardens system under gitte forutsetninger, samt en vurdering av om regelsettet er hensiktsmessig å benytte i et utviklingsprosjekt.

Dette reiser flere problemstillinger bl.a.:

1. Hva er en endring? Hvordan fastlegge hva som er opprinnelig avtalt?
2. Hvilke type endringer er det adgang til?
 - a. Endring av kravspesifikasjonen
 - b. Endring av fremdriftsplan
 - c. Endring av kontraktsvilkårene forøvrig
3. Hvordan skal endringen håndteres under utviklingsprosessens gang?
4. Hvilke rettsvirkninger skal endringene få?
5. Hvilke krav bør stilles til organisering av prosjektet?

1.2 Særtrekk ved programvareutviklingsavtaler

Et typisk systemutviklingsprosjekt vil bestå av mange ulikeartede leveranselementer.¹

Hovedytelsen er programvaren som skal skapes og det er endringer i forhold til denne som er det sentrale i fremstillingen. De tilhørende ytelser er nødvendige for helheten og kan også gi grunnlag for endringsbehov. Dokumentasjon eller brukerveiledning vil alltid være en del av en programvareleveranse. Formålet med denne er at kunden skal kunne utnytte systemet best mulig og å kunne gi opplæring internt. Disse veiledningene kategoriseres gjerne i tre typer: Driftsdokumentasjon for personell som skal håndtere systemet i det daglige, det vil si beskrivelse av de nødvendige database-, operativsystem- og sikkerhetskopifunksjoner etc. Systemteknisk personell har behov for dokumentasjon av dataflyten og hvordan de ulike programmer henger sammen. Sluttbrukerne trenger en beskrivelse av det som er nødvendig for å kunne bruke de ferdig utviklede programmene. Leverandøren vil som regel måtte instruere kundens personell, dette foregår gjerne slik at en utvalgt gruppe i hver av de ovennevnte personalkategorier først lærer opp av leverandøren, for så å kunne gi kunnskapen videre internt i egen bedrift.

I enkelte tilfeller kan konvertering av eksisterende virksomhetsdata være en del av oppdraget. Det er tilleggsytelser av programmeringsteknisk art, men ikke en del av systemet fordi konverteringen er en engangsaffære og kun nødvendig inntil det nye

¹ Føyen, s.256-258

systemet er i full produksjon. I spesielle kritiske faser av prosjektet er det vanlig at kunden leier inn nøkkelpersonell fra leverandøren til å bistå i forbindelse med produksjonsoppstart eller etter siste konvertering av gamle virksomhetsdata. Etablering og drift av et utviklingsmiljø kan også være en del av arbeidsoppgavene til leverandøren, selv om større kunder ofte har et eget utviklingsmiljø eller et bevisst forhold til hvilken systemteknisk plattform og hvilke utviklingsverktøy som skal benyttes prosjektet. Oversikten over disse ytelseselementer er ikke uttømmende og vil bare i mindre grad kunne ha innvirkning på partenes endringsbehov.

I forhold til mange andre kontraktstyper vil en IT-avtale ofte være av sentral betydning for kundens organisasjon og den daglige drift.² M.a.o. vil kundens virksomhet og personale være ekstra sårbar når et systemutviklingsprosjekt pågår. Andre kompliserte tilvirkningsytelser vil som regel kunne presteres uavhengig av kundens daglige rutiner. For eksempel vil en oljeplattform kunne produseres uten at kunden forstyrres, men programvare som skal utvikles i forbindelse styring av selve oljeproduksjonen må nødvendigvis endres og forbedres under selve produksjonen med de konsekvenser det kan ha. Stadige endringer kan medføre ekstra arbeidsbyrde for nøkkelpersonale og påvirke de normale arbeidsoppgaver.

Etter mine erfaringer er IT-kompetansen ofte lavere hos kunden i forhold til på leverandørsiden. På den annen side kan denne ubalansen utjevnes fordi kunden har en høyere bransjefaglige kompetanse, forutsetningen er at leverandøren kan dra veksler på dette underveis. Kunden kan oppdage nye muligheter for bruk av programvaren i sine foretningsprosesser. Leverandørens innsikt i kundens virksomhet vil også øke. Dette kan i seg selv gi behov for endringer, hvordan kunden ønsker at arbeidsflyten i produksjonen skal være vil typisk være noe en leverandør ikke vil ha forutsetninger for å vite før en er kommet godt i gang. Et utviklingsprosjekt bør derfor tilstrebe å oppnå gjensidig læring underveis i utviklingsprosessen.

Ved systemutviklingsavtaler er det spesielt vanskelig å fastlegge et mål for ytelsen som skal presteres. Funksjonalitetskrav kan ikke reguleres uttømmende i en avtale selv om en bruker aldri så mye tid og ressurser på dette. IT-teknologien er i stadig endring og

² Torvund, Kontraktsregulering, s. 27

endringene skjer ofte raskere enn i andre bransjer. For langvarige prosjekter kan dette også bidra til at målene må endres underveis. Dette reiser avtalerettslige problemstillinger og endringshåndteringssystemet kan bidra til en avklaring rundt fastleggelsen av ytelsen.

Utviklingsprosjekter er ofte basert på nye og usikre løsninger, den som ønsker et forsprang teknologisk inngår en kalkulert risiko. På den annen side bør risikoen være balansert mellom partene. Hvordan endringer påvirker avtalt pris er en problemstilling når kontrakten må legges om. På grunn av improvisasjonspreget kan beregningen av tidsbruken være vanskelig, interne forhold representerer en risiko både hos leverandør, kunde og i forholdet dem i mellom. Selv med nøye prosjektering og planlegging vil det være vanskelig å forutse hvordan systemet vil fungere i praksis, mange endringsbehov vil oppstå i forbindelse med produksjonsstart. På tross av læring underveis vil ny teknologi kunne føre til at den forskrevne fremgangsmåte ikke lar seg gjennomføre og dette bør ikke nødvendigvis skyldes dårlig prosjektering eller planlegging fra noen av partene.

I tillegg er det ved systemutviklingsprosjekter generelt en større risiko for totalhavari enn ved andre tilvirkningskontrakter. Grunnen til dette er at det er usikkert hva som lar seg løse med programvare. Det er ofte ikke mulig å spesifisere ytelsen på forhånd, partene må derfor samarbeide og løpende ta stilling til usikkerhetsmomenter. Men identifisering av usikkerhetselementer kan være vanskelig. De kan være prosjektrelaterte, d.v.s. oppstå på grunn av leveransens karakter. Spesifikke usikkerhetselementer kan oppstå i ulike faser og ved spesielle aktiviteter. Typisk relevante usikkerhetselementer³ kan være:

- Hvor villige og hvilken mulighet har partene til å involvere seg på et område med høy risiko.
- Partenes forståelse av målsetninger, behov og krav
- Kompetanse innenfor de aktuelle fagdisipliner
- Partenes kjennskap til hverandre
- Fleksibilitet
- Forutsigbarhet og avgrensning
- Tilgjengelig tid

³ DND, veiledning for PS2000, s. 10

- Komplexitet både teknologisk og integrasjonsmessig
- Eventuell avhengighet til tredjeparter

1.3 Faktisk avgrensing og rettslig plassering

Det forutsettes at arbeidsmengden og varigheten av utviklingsoppdraget er av en viss størrelse og at partene er profesjonelle. Dette er nødvendig da partene må kunne avsette personell til og ikke minst se nytten av den formelle kontraktsadministrasjonen som anvendelsen av et endringshåndteringssystemet innebærer.⁴

I utgangspunktet vil en avtale om utvikling av programvare typisk bestå av mange ulikeartede ytelser jfr. punkt 1.2. I tradisjonell kontraktsrettslig lovgivning understøttes prinsippet om at det er kontraktsgjenstanden art og ikke frambringelsen av den som står sentralt. For eksempel er systemutviklingsavtaler i rettspraksis blitt karakterisert som både kjøp, entreprise og tjeneste i forhold til kjl. §2.⁵

Det kan være at både maskinvare, datanettverk, kommunikasjonsløsninger og programvare skal leveres av samme leverandør. Videre kan oppdraget innhold krav om dokumentasjon, opplæring av brukere og driftspersonell, samt konvertering av kundens eksisterende data fra eksempelvis et eldre system eller utveksling av data med kommersielle samarbeidspartnere. Jeg vil avgrense mot leveranser som hovedsakelig består av andre ytelser enn programvareutvikling fordi slike leveranser dels har en annen bakgrunnsrett og disse ytelsene er ikke så sentrale i forhold reglene om endringshåndtering.

Det som er ”kontraktsgjenstandens art”⁶ i oppgaven her er en leveranse av programvare hvor leverandøren påtar seg å fremstille et åndsprodukt, et datasystem for en bestemt kunde. I et systemutviklingsprosjekt blir kontraktsgjenstanden til gjennom en fremtidig utviklingsprosess.

I utgangspunktet er ikke leveranse av standardprogramvare omfattet av analysen. Standardprogramvare er et produkt som allerede eksisterer ved avtaleinngåelsen og behovet

⁴ Kaasen, Kommentar NF 92, s.292

⁵ Føyen mfl., Kontrakter for utvikling av programvare, s. 49-57

⁶ Simonsen, Kreditors mangelsbeføyelser, s. 309

for endringshåndteringsregler er ikke det samme her. Men grensen mot hva som kan karakteriseres som genus- eller spesieytelse i forhold til programvare er ikke alltid like klar. Utviklingsarbeider som består i tilpassning av standardprogramvare vil også omfattes av analysen.⁷

For den rettslige plasseringen av programvareutviklingsavtalene viser jeg til fremstillingen om rettskildesituasjonen i kapittel 3.

1.4 Hensyn bak reglene om endringshåndtering.

Hovedhensynet bak endringshåndteringsreglene er fleksibilitet. Kunden må kunne pålegge leverandøren endringer uten han må forhandle om hver endring. Men det må være balanse mellom det som leverandøren kan pålegges og kundens endringskompetanse. Kundens kompetanse må derfor begrenses i forhold til utviklerens yrkesfaglige kompetanse, pålegg må ligge innenfor kontraktens rammer og være av samme type arbeid som utvikleren vanligvis utfører.⁸

Men grensen mellom hva som er presiseringer av bestilt ytelse og hva som innebærer et reelt endringspålegg er flytende og dette har gjort at behovet for et formalisert system med preklusjonsvirkninger har vokst frem.

Sentralt er også forutberegnlighet med hensyn til hvilke kontraktsforpliktelser som påhviler partene under prosessen gang. Kunden har behov for å ha kontroll med kostnadene og om eventuelle endringer vil medføre forskyvninger i avtalt leveringstidspunkt. Leverandøren ønsker å vite om han vil få mer betalt, må leie inn ekstraressurser eller vil få fristforlengelse. For begge parter er det best om alle slike spørsmål kommer på bordet så tidlig som mulig. Skjulte lik i skapet kan få kostnadmessige konsekvenser og skape tvister til skade for begge parter.

Hensynet til bevis og dokumentasjonen kan ivaretas ved et krav om skriftlighet. Ofte ønsker kunden endringer som han fremsetter muntlig kanskje direkte overfor den utførende utvikleren og denne vil typisk imøtekomme forespørselen for å være grei.

⁷ Føyen, s. 42

⁸ Hagstrøm, Obligasjonsretten, s.131

Kunden vil ha et styringsbehov, i forhold til eventuelle andre leverandører og i forhold til egne ressurser. Dette behovet kan imøtekommes ved at kunden kan kreve at arbeidene forseres, det vil si at arbeidene må ferdigstilles tidligere enn opprinnelig avtalt. Styringsbehovet vil også kunne ivaretas ved aktiv deltakelse i prosjektet. Kunden vil ved denne deltakelsen kunne kontrollere om utviklerens arbeider er i tråd med kravspesifikasjonen og ønsket målsetning for leveransen.

Et annet viktig hensyn for regler om endringshåndtering er at direkte strid om løsningen av tvilsomme spørsmål kan unngås under utviklingsprosessen, kunden kan kreve endringer og striden løses utenfor prosjektet ved en egnet tvisteløsningsprosedyre uten at samarbeidsklimaet mellom partene forsvares.

Et hensyn mot endringshåndteringssystem er at det gir økte administrasjonsutgifter for begge parter. Prosjektadministrasjonen bør derfor tilpasses forholdene og størrelsen på prosjektet slik at transaksjonskostnadene kan holdes på et minimum.

Det kreves også at partene må bli formelle i måten de opptrer overfor hverandre på, noe som kanskje strider litt med norsk lynne. På den annen side må ikke den formelle håndteringen av endringer bli for komplisert slik at partene fraviker de rutiner de har lagt opp til.⁹

1.5 Hva er en endring?

Rent språklig kan endring bety mange forskjellige ting. Regelsettet skal først og fremst håndtere tilsiktede endringer. Det vil si endringer av ytelsen i forhold til gjeldende avtalegrunnlag.

Endringsbehov kan også oppstå som følge av forhold som ikke var tilsiktet av partene ved avtaleinngåelsen. Dette kan være uforutsette hendelser utenfor partenes kontroll, for eksempel force majeure jfr. pkt 7.4. Hvorvidt reglene bør anvendes analogisk på andre tilfeller, som fører til endringsbehov, enn de som ikke omfattes av standardens ordlyd er en interessant problemstilling. Denne problemstillingen ligger utenfor oppgavens tema.

⁹ Føyen, s. 297

Hvorvidt det foreligger enn endring eller ikke er et spørsmål om avtaletolkning. Det er gjennom avtaletolkning at en kan fastlegge hvilke krav som kan utledes av avtalen og dermed hvilke forpliktelser som påhviler leverandøren.

Ved tolkning av spesifikasjoner gjelder i utgangspunktet de alminnelige prinsipper om avtaletolkning. Men spesifikasjonene kan foreligge på forskjellige tidspunkt, håndteres av ulikt personell slik at det kan oppstå uklarhet rundt begrepsbruken. Ordlydens naturlige språklige betydning må derfor modifiseres for hva som er skikk og bruk i databransjen. Også spesifikasjonens tilblivelseshistorie må vektlegges ved tolkningen av ordlyden. Dokumenter fra anbudsfasen frem til omforent løsningsbeskrivelse er relevant. I tillegg må ordlyden tolkes i samsvar med konteksten, d.v.s hvordan et uttrykk er brukt i kontraktens øvrige bestemmelser.

1.5.1 Oversikt over problemstillinger omkring beskrivelsen av ytelsen

Når en skal fastlegge hva som er innholdet leverandøren forpliktelser etter avtalen oppstår en del spørsmål hvordan ytelsen skal beskrives i utviklingsprosjektet.

Et spørsmål er hvem som skal beskrive programvaren som skal utvikles.

I utgangspunktet er det kunden som utarbeider en kravspesifikasjon med de funksjonelle krav som han ønsker å stille til ytelsen. Kravspesifikasjonen vil inngå som en del av avtalen, men gir som regel kun et utgangspunkt for utviklingsprosessen. Sentralt i vurderingen av hva som er en endring er fastleggelsen av de krav som fremgår av kravspesifikasjonen. Det kan også tenkes at utvikleren utarbeider en detaljspesifikasjon som et svar på et anbud og at avtale slutes på dette grunnlag. Hvem som har beskrevet systemet som skal utvikles vil i utgangspunktet ha betydning for risikofordelingen mellom partene.

Et annet spørsmål er på hvilket tidspunkt beskrivelsen skal foretas. Spørsmålet har betydning for hvilke avtalegrunnlag som er relevante. Hvis oppdragsgiver utvikler en kravspesifikasjon vil denne ofte foreligge på avtaletidspunktet. Dersom kravspesifikasjonen eller andre avtaledokument som foreligger ved avtaleinngåelsen er ufullstendige eller uklare må kontrakten presiseres, en må foreta et valg og utfylle kontrakten. Hvordan skal en håndtere en supplering av kontrakten etter avtaletidspunktet?

Hvordan beskrivelsen av ytelsen skal utføres er et annet spørsmål. Skal partene samarbeide om kravspesifikasjonen eller skal en part ha hovedansvaret for den. Hvilken valgfrihet skal leverandøren ha med hensyn til valg av løsning. Det kan utarbeides en spesifikasjonsbeskrivelse som angir detaljer rundt oppdraget som for eksempel produkter, design/modeller og hvilken plattform som skal brukes av utvikleren. Alternativt kan det angis en funksjonsbeskrivelse som gir utvikleren større fleksibilitet med hensyn til valg av metode/plattform bare de angitte funksjoner oppfylles.¹⁰

Disse spørsmålene henger også sammen med om leverandørens forpliktelse skal anses som en resultatforpliktelse eller en omsorgsforpliktelse. Systemutviklingsavtalen er en form for tilvirkningskontrakt og i utgangspunktet kan ikke tilvirkningsavtaler generelt klassifiseres enten som resultatforpliktelse eller innsatsforpliktelse. Dette må avgjøres konkret. En opererer gjerne med tre kategorier utviklingsavtaler.¹¹ Den første kategorien er avtaler mellom parter med jevnbyrdig utviklingskompetanse. Her er utgangspunktet at oppdragstakere har en resultatforpliktelse. I den andre kategorien oppdragstype er det ubalanse mellom partene med hensyn til utviklingskompetanse, men rimelig sikkerhet med hensyn til hvilket resultat som skal oppnås i utviklingsprosjektet. Denne avtaletypen er også i utgangspunktet en resultatforpliktelse. Den tredje kategorien er utviklingsavtaler hvor det er stor usikkerhet med hensyn til hvilket resultat prosjektet kan oppnå. I denne type avtale er forutsetningen at en del nybrottsarbeid må utføres og det tas høyde for det. Her har leverandøren i utgangspunktet en omsorgsforpliktelse. Men grensen mellom disse kategoriene er ikke klar og det vil alltid være flytende overganger. I alle fall vil spørsmålet om programmeringen lykkes i det vesentlig være bestemt av forhold som utvikleren har risikoen for, så som produksjonsopplegg, administrasjon, kapasitet og teknisk kompetanse. Sondringen gir bare en foreløpig beskrivelse av leverandørens ansvar for å levere den spesifiserte ytelse. I tillegg vil en måtte foreta en konkret fortolkning av spesifikasjonene og kontraktens øvrige bestemmelser.¹²

¹⁰ Torvund, Kontraktsregulering IT-kontrakter, s.76-79

¹¹ Føyen, s. 44

¹² Føyen, s. 234

I mange utviklingsprosjekt er det ikke ønskelig eller hensiktsmessig å operere med en fullstendig eller detaljert beskrivelse av ytelsen. Hvordan partene velger å utarbeide spesifikasjonene vil derfor være avhengig av hvilken utviklingsmetode som er valgt. Hvilken betydning valget av utviklingsmetode har for beskrivelsen av ytelsen vil bli drøftet i avsnitt 4.2. Hvordan beskrivelsesprosessen er regulert i PS2000 drøftes i avsnitt 4.3.

2 Presentasjon av PS2000 kontraktsstandard

2.1 Bakgrunn, anvendelsesområde og struktur

Historisk sett var det lite samarbeid mellom partene i systemutviklingsprosjekter. På 80-tallet var det ofte slik at kunden bestilte noe, leverandøren produserte og leverte et produkt. Behov for endringer ble ikke fanget opp før sent i prosessen og uenighet om kontraktsinnhold kunne skape et høyt konfliktnivå hvor partene heller gikk på barrikadene enn å samarbeide seg ut av uføret. På 90-tallet ble erfaringer fra flere store statlige IT-prosjekter evaluert i FASIT. Dette bidro til økt fokus på samarbeid som virkemiddel for en effektiv prosjektgjennomføring. PS2000 ble utviklet i samarbeid mellom leverandører og kunder med en målsetning om løse noen av problemstillingene som FASIT angav som essensielle.¹³

Tilblivelsen har sin bakgrunn fra en IT-gruppe etablert av deltakerne i forskningsprogrammet ProsjektStyring 2000. Deltakerne i programmet var (og er) store og

¹³ Prosjektene ble ikke forankret i en virksomhetsplan. Målsetningene var ofte urealistiske og hadde for høyt ambisjonsnivå og for liten fokus på praktisk gjennomføring. Prosjektene var preget av uklare ansvars- og organiseringsforhold. Undersøkelsen konkluderte med at prosjektene var for store og burde splittes mer opp både tids- og innholdsmessig. Oppfølgingen og styringen av prosjektene var mangelfull. Kontraktene ble ikke brukt aktivt som styringsverktøy, når de først ble tatt frem var det ofte for sent. Estimer og planlegging ble ofte basert på et mangelfullt grunnlag. Stor fokus på teknologi kontra fokus på virksomhets- og kompetanseutvikling. Store endringer i forutsetninger og krav underveis i prosjektene. Vanskelig å treffe riktig valg med hensyn til hva som burde gjøres av virksomheten og hva som burde settes ut til andre.

tunge aktører i IKT-markedet, både på leverandørsiden (bl.a. CAP Gemini og TietoEnator) og kundesiden (bl.a. Statoil og Statskonsult). For å bidra til juridisk kvalitet har Advokatfirmaet Selmer DA deltatt aktivt i utformingen av standardavtalen. PROMIS AS har vært faglig ansvarlig for utarbeidelse av kontraktsteksten og brukerveiledningen. Den norske dataforening (DND) har forvaltet kontrakten og gjennomført en revisjon av kontrakten. Versjon 2 ble ferdigstilt den 21 mai 2001 og legges til grunn for analysen. Siden standarden er utviklet av både leverandører og kunder i fellesskap, slik at begge parter interesser er ivarettatt, må en formode at standarden er balansert.

Kontraktstandarden er utarbeidet for prosjekter innen systemutvikling eller systemleveranser hvor det ikke er hensiktsmessig eller mulig å fastsette nøyaktige eller detaljerte spesifikasjoner. Den skal være egnet til gjennomføring av større og komplekse prosjekter hvor trinnvise prosesser har etablert seg som den mest resultatorienterte fremgangsmåte. Målgruppen for standarden er leveranser av programvare med stor grad av utvikling og/eller tilpassning.

Standarden skal også være godt egnet hvor usikkerhetspreget for øvrig er stort. Med usikkerhet menes at det tas høyde for at prosjektet har risikoelementer og reguleringen legger opp til at partene i samarbeid skal analysere og evaluere risikoelementene underveis. En særlig risiko knyttet til bruk av denne kontraktstandarden kan være at kontraktformen er ny og uprøvd. Nivået på kundens behovsanalyse kan være lavt og leverandørens evne til å estimere på dette grunnlag kan innebære en risiko. Det vil være risiko knyttet til omfanget av gjenstående arbeider ved endringer i forhold til antall trinn og iterasjoner. I forhold til avtalte sanksjons- og incentivmekanismer vil det ofte være usikkert om disse er så balanserte som forutsatt, spesielt i forhold til endringer og avvik som oppstår underveis.¹⁴

2.1.1 Utfordringer og valg av løsninger

En utfordring kontraktkonsipistene stod overfor var at prosessen for å komme frem til et resultat ikke var beskrevet i de kontraktene som tradisjonelt var benyttet inntil da. Løsningen ble her en prosessorientert kontrakt med fokus på en iterativ

¹⁴ DND, s.10

gjennomføringsmodell.¹⁵ Gjennomføringsmodellen består av 4 faser og tilrettelegger for å fange opp den læring som foregår under gjennomføringen av prosjektet:

1. behovsfasen
2. løsningsbeskrivelsesfasen¹⁶
3. konstruksjonsfasen; Her er det lagt inn et kontrollpunkt hvor resultatet fra forrige utviklingstrinn evalueres, endringer vurderes og hvor neste utviklingstrinn planlegges.¹⁷
4. godkjenning av utviklingstrinn

En annen viktig utfordring var at tradisjonelle kontrakter hadde mer fokus på konfliktløsning enn på samarbeidet mellom partene. Samhandling mellom kunde og leverandør bør effektiviseres slik at en oppnår et integrert samarbeid og en separat prosess for eventuell konfliktløsning.¹⁸

I de tradisjonelle kontraktene var også kundens ansvar og oppgaver i liten grad beskrevet. Løsningen i PS2000 ble at partenes ansvar og oppgaver ble knyttet til gjennomføringsmodellen. Partene kan avstemme forventningene til hverandre underveis og konflikter skilles ut. Konflikter kan behandles av en uavhengig ekspert.

Mangelen på motiverende elementer ble løst med en incentivordning.¹⁹ Det er en motiverende og fleksibel kontraktsmekanisme, som er knyttet både til tids- og kostnadsforhold. Beparelser skal kunne komme begge parter til gode.

Erfaringene viste også at usikkerhet verken ble analysert eller håndtert i store utviklingsprosjekt. I standarden ble det derfor reist krav om at partene i samarbeid må utarbeide en usikkerhetsanalyse med definerte elementer. Usikkerhetsmatrisen er grunnlag for både fastsettelse av endelig pris og ansvarsfordelingen mellom partene.²⁰

¹⁵ Se fig. 1

¹⁶ Se 4.2

¹⁷ Jfr. 5.2

¹⁸ Se 7.2

¹⁹ Se 5.1

²⁰ Jfr. 5.2

2.1.2 Standardens struktur

PS2000 Standardkontrakt består av tre deler:

I) Kontraktdokument som definerer partene, struktur og kontraktsinnhold. Den innholder klausul som definerer standarden til å bestå tre dokumenter. Alle dokumentene gjelder derfor direkte for partene. Del I definerer også rangforholdet mellom de tre delene hvis det skulle oppstå motstrid mellom dokumentene.

II) Generelle kontraktbestemmelser. Den innholder alle sentrale bestemmelser om partenes rettigheter og plikter etter standarden.

III) Bilag om spesifikke forhold.

Vilkårene som skal analyseres er i del II. De viktigste bilagene i forhold til endringsreglene er Bilag A med behovsanalyse/løsningsbeskrivelse og usikkerhetsmatrise.

Bilag C innholder detaljer for gjennomføringsmodellen og spesifikke forhold knyttet til endringshåndtering. Bilag D innholder bestemmelser om priser, incentiv- og sanksjonsordninger.

3 Rettskildesituasjonen

3.1 Innledning

For å kunne analysere endringshåndteringsreglene i PS2000 må reglene drøftes mot en referanseramme. Selv om regelsettet skal analyseres i et materielt perspektiv må det for det første redegjøres for tolkningsprinsipper som gjelder for standardavtaler. For det annet må det drøftes om det finnes en bakgrunnsrett eller andre relevante rettskilder som kan belyse problemstillingene og hvilken vekt de har.

Sentralt er relevant kontraktspraksis fra både sjø- og landentreprise. I tillegg til disse er det naturlig å se på standardavtaler som er laget spesielt med hensyn på utvikling av programvare, IKT-SUP og SSU-03.²¹

3.2 Tolkning av standardkontrakter

For å analysere PS2000 med hensyn til endringshåndteringsreglene må en ta utgangspunkt i standardens ordlyd. Ved tolkning av standardavtaler fjerner en seg noe fra de konkrete parter og vektleggingen av partenes intensjoner. Fokus er mer rettet mot harmonisering med tilvirkningskontrakter generelt. Ordlyden får større betydning og vektlegging av formål og rimelighetsbetraktninger får større plass.²²

En av forutsetningene for anvendelse av PS2000 er at begge partene er profesjonelle. I utgangspunktet vil derfor hensynet til forutberegnlighet veie tyngre enn hensynet til rimelighet. Ved tolkning av ordlyden kan tilblivelseshistorien ha betydning.²³ Vekten av tilblivelseshistorien vil avhenge av om kontraktsteksten er veloverveid eller om den er et

²¹ Jfr. 3.3.4

²² Andenæs, Kontraktsvilkår, s.

²³ Woxholt, Avtalerett, s. 463

kompromiss av forhandlinger hvor skjevhetene er fordelt i kontrakten. For PS2000 finnes det lite dokumentasjon som belyser tilblivelseshistorien.

Også argumenter fra annen relevant bakgrunnsrett kan benyttes som tolknings- eller utfyllingsfaktorer. Systemutviklingsavtalene er en relativt ensartet gruppe avtaler, hvor i alle fall språkbruk og uttrykksmåter er relativt like. Hensynene bak er ofte de samme, dette gjelder generelt men også for endringshåndteringssystemet spesielt. I alle fall må en kunne anvende argumenter fra annen kontraktspraksis der hvor PS2000 er taus eller uklar.

3.3 Hvilken bakgrunnsrett kan legges til grunn for analysen?

Begrepet bakgrunnsrett knyttes gjerne til alminnelige obligasjonsrettslige prinsipper. I analysen vil begrepet knyttes til relevante rettskilder som kan belyse problemstillingene. I det følgende vil jeg gjennomgå enkelte rettskilder som jeg mener kan være relevant bakgrunnsrett for en analyse av endringshåndteringssystemet i PS2000.

3.3.1 Kontraktsrettslig lovgivning

Kjøpsloven er generell bakgrunnsrett for systemutviklingsavtalene jfr. kjl. §2.²⁴

Den er i stor grad en kodifisering av alminnelige kontraktsrettslige prinsipper, men inneholder ingen regler om endringshåndtering. Loven har derfor ingen direkte betydning som rettskilde i forhold til analysen.

3.3.2 Rettspraksis og voldgift

For sjøentreprise og landentreprise finnes noe underrettspraksis og voldgiftspraksis som gjelder endringsarbeider. Men avgjørelsene omhandler ofte sluttoppgjør og kan vanskelig benyttes i analysen.

3.3.3 Standardkontrakter om tilvirkning

I utgangspunktet må standardavtaler vedtas eksplisitt for å bli ansett som en del av avtalen.

²⁴ Føyen, s. 48-57

Men rettspraksis har også vist at vilkår eller løsninger fra ikke vedtatte standardvilkår kan velges til løsning av ikke avtalte rettsspørsmål.²⁵ Standardavtaler kan være relevante som rettskilde selv om partene ikke har vedtatt det.

Ved vekting av standardavtalene er det grunn til å legge større vekt på såkalte "agreed documents". Det vil si avtaler som er fremforhandlet mellom representanter fra begge partsgrupper, i motsetning til avtaler hvor kun den ene partsinteressen har utviklet avtaledokumentet. Dette gir en viss garanti for at reguleringen er balansert mellom partene. Ved ensidig utarbeidede standardavtaler er formodningen at den ene sides interesser er bedre ivaretatt enn motpartens interesser.

Hvor standardkontraktene viser gjennomgående særtrekk kan det dreie seg om mer generelle prinsipper innen tilvirkingsforhold som virker på samme måte som obligasjons rettens helt alminnelige prinsipper.²⁶ Men dette er kun en formodning om hvordan rettsspørsmål skal løses på beslektede forhold. Det må legges særlig vekt på om løsningen kommer fra et "agreed document", og om vilkårene har inngått i standardavtalen over lang tid og uten noen form for revisjon i denne tidsperioden.²⁷ Hvorvidt det for tilvirkningskontrakter som sådan kan sies å ha dannet seg generelle prinsipper er utenfor denne oppgavens tema, men de er i alle fall relevant kontraktspraksis for tolkningen av PS2000 generelt og endringshåndteringsreglene spesielt.

3.3.4 Presentasjon av relevante standardkontrakter.

- NF 92 - Norsk fabrikkasjonskontrakt 1992

Hovedformålet med NF92 er anvendelse ved større fabrikkasjonskontrakter for installasjoner i petroleumsindustrien. Den ble fremforhandlet mellom norske oljeoperatører på den ene side og Teknologi bedriftenes landsforening på den annen side. Kontrakten er et "agreed document". De samme parter har utviklet en ny kontraktsstandard NTK 2000 som skal benyttes til såkalte EPC leveranser (prosjektering, innkjøp og bygging/installasjon)²⁸.

²⁵ Rt.1973 s. 967

²⁶ Simonsen, s. 313

²⁷ Woxholt, s. 463

²⁸ Se NTK2000 protokoll 1.1

- NS 3430 – Kontraktsbestemmelser for bygg og anlegg 2. utg. 1994

Konsipistene var en bredt sammensatt komité i regi av Norsk Byggstandardiseringsråd med representanter fra begge sider i kontraktsforholdet. Bygg- og anleggsbransjens løsning var at de implementerte NF92s endringshåndteringssystem med visse modifikasjoner. Også denne kontrakten er et agreed document som i utgangspunktet må tillegges stor vekt. Også denne standarden er erstattet av en ny standard NS 8405.

- Statens standard programutviklingsavtale – SSA U 99

Utarbeidet av Statskonsult med hovedformål å sikre staten en kostnadseffektiv og trygg anskaffelse av IKT. Standarden er en typisk ensidig utviklet kontrakt. Selv om leverandørsiden har vært representert ved både ”workshops” og høringsrunder er standarden en ensidig utviklet kontrakt. Revisjonen fra september 2003 vil bli lagt til grunn for analysen og den vil heretter bli henvist til som SSU.

- IKT-Norge U 00 avtale om systemutviklingsprosjekt 4. vers. august 2005

Utarbeidet av bransjeforeningen IKT-Norge (tidligere KDL). Standardavtalen er forutsatt benyttet i større systemutviklingsprosjekter (heretter kalt IKT-SUP). IKT- Norge har også en egen standard for mindre utviklingsprosjekter, denne er primært beregnet for prosjekter som ikke har behov for eller mulighet til en prosjektorganisasjon som den IKT-SUP legger opptil. IKT-SUP vil bli lagt til grunn for analysen fordi dens forutsetninger samsvarer best med PS2000. I likhet med SSU er også IKT-SUP en ensidig utarbeidet standard, formodningen er derfor at hensynet til leverandørsiden er noe bedre ivaretatt enn hensynet til kundesiden.

3.3.5 Oppsummering - valget av relevant kontraktspraksis

Utvalget av relevant kontraktspraksis er basert på at alle har endringshåndteringsregler og regulerer noe som skal tilvirkes. IKT-SUP og SSU skal dekke samme anvendelsesområde som PS2000, men standardene er også relativt nye og er ensidig utarbeidede standarder. NF 92 og NS 3430 har eksistert lengre men dekker ikke anvendelsesområdet. På den annen side har begge partsinteresser fremforhandlet standardene, dessuten er de omtalt i juridisk litteratur, voldgiftsavgjørelser og underrettspraksis.

4 Beskrivelsen av ytelsen i henhold til PS2000

4.1 Innledning

Formålet med dette kapittelet å redegjøre for hvordan ytelsen spesifiseres i PS2000.

I alle systemutviklingsavtaler er det en nær sammenheng mellom spesifikasjonsform og utviklingsmetoden som anvendes. I SSU og IKT-SUP er utgangspunktet at de anvender fossefallsmetoden som utviklingsmetode. For PS2000 er utgangspunktet at den anvender iterativ metode. I det følgende vil det derfor bli redegjort for begge utviklingsmetoder. Deretter fremstilles reguleringen av beskrivelsesprosessen i P2000.

4.2 Utviklingsmetodens betydning for beskrivelsen av ytelsen

4.2.1 Spesifisering av ytelsen ved fossefallmetoden

Utvikling med fossefallsmetoden er basert på en fast kravspesifikasjon det betyr at det gjøres en betydelig innsats i forkant for å spesifisere utviklingsprosjektet.²⁹ Når leverandøren levere et tilbud må det være basert på både en fast spesifikasjon og en fast pris. Leverandøren påtar seg vanligvis et resultatansvar i forhold til de angitte spesifikasjonene. En fordel for kunden er at risikoen for overskridelser og forsinkelser blir lagt på leverandøren.

På den annen side vil en slik metode innebære en betydelig risiko for at systemet som utvikles ikke passer for den produksjonen det skal ivareta. Spesielt gjelder dette for utvikling av administrative systemer, med eksempelvis arbeidsflyt over flere ulike avdelinger internt eller eksternt i en bedrift. Risikoen for en vesentlig forfeilet leveransen er mindre når systemet er mer ”teknisk”, som gjerne utvikles lokalt for en avdeling og hvor behovet for integrasjon/arbeidsflyt mellom ulike brukergrupper og fagmiljøer over større deler av bedriften ikke er like stort.

²⁹ Føyen, s. 127

Prinsippet bak fossefallsmetoden er at kravspesifikasjonen angir klart definerte faser med design, programmering og testing frem mot et ferdig produkt. Behovet for en omfattende endringsadministrasjon kan derfor bli stort. Til tross for klare prinsipper i forhold til endingshåndtering har prosjekter strandet fordi kravspesifikasjonen enten har vært mangelfull, upresis eller direkte feil. Endringsmengden har derfor blitt for stor til at prosjektene har kunnet bli gjennomført effektivt. Leverandøren kan også bli fristet til å overkalkulere de enkelte endringsordrer for å kompensere egne overskridelser og egen underprising for få tilslaget på anbudet. IKT-SUP og SSU er eksempler på standarder basert på fossefallsmetoden.³⁰

4.2.2 Spesifisering av ytelsen ved iterative metode

Ved bruk av iterativ utviklingsmetode skjer utviklingen av krav og system vekselvis.³¹ Brukerne kommer tidlig i prosessen opp med synspunkter om design og det foregår en regelmessig prosess med utveksling av informasjon mellom utviklere og sluttbrukere. Dette innebærer ikke nødvendigvis at prosjektet ferdigstilles tidligere, men sluttbrukerne kan gi tilbakemelding på et langt tidligere stadium enn tilfelle kan være ved anvendelse av fossefallsmetoden. Rent praktisk kan dette gjennomføres på to måter, enten ved bruk av prototyper eller ved bruk av en evolusjonær prosess. Prototyp vil si at en løsning demonstreres for en brukergruppe og at denne gir direkte tilbakemelding til utvikleren som kan oppdatere hands-on. Evolusjonære teknikker betyr at systemets spesifikasjon blir presisert samtidig med at systemet leveres trinnvis.

Iterativ metode er en type av iterativ prosesser. Andre eksempler på iterative prosesser er inkrementell og skrittvis metode. Det som kjennerteegner disse metodene er at utgangspunktet er en grov kravliste. Den iterative metode kjennetegnes ved bruk av en svært grov løsningsbeskrivelse. Felles for alle disse metoder er at de ikke krever detaljert spesifikasjon av ønsket funksjonalitet, at prosjektene forsøkes inndelt i hyppige delleveranser og at brukerne medvirker regelmessig i utviklingsprosessen for løpende å sikre en videreutvikling og presisering av kravene. Erfaringer fra forrige utviklingstrinn

³⁰ Føyen, s. 124 flg.

³¹ Føyen, s. 128-132

videreføres til senere utviklingstrinn. Risikoen for å utvikle et vesentlig forfeilet system blir mindre.

4.2.3 Forholdet mellom utviklingsmetode og leverandørens ansvar for leveransen

I prinsippet kan en tenkes en rendyrket iterativ metode hvor det ikke foreligger noen kravspesifikasjon eller klar prosessbeskrivelse. Når det ikke foreligger kravspesifikasjon utelukkes et resultatansvar for leverandøren. Hvordan en da skal kunne avgjøre hva som er kontraktsmessig ytelse blir da vanskelig.

En mellomløsning er når det foreligger en klar prosessbeskrivelse, med tidsbokser og leveranse fra hver boks. Det kan her gjøres gjeldende et leveranseansvar, men leverandørens produktivitet kan ikke måles. I begge disse tilfeller har kunden liten eller ingen sikkerhet for sluttresultatet.

PS2000 opererer med bindende rammer for systemutviklingen både før og etter avtaleinngåelsen. Utviklingsmetoden i P2000 er en mellomløsning, utgangspunktet er iterativ metode men den har elementer av avtalt resultatansvar og målpris.³²

4.3 Regulering av beskrivelsesprosessen i PS2000

I PS2000 blir ytelsen beskrevet i en prosess hvor begge parter deltar aktivt og den fortsetter også etter avtaleinngåelsen. Beskrivelsesprosessen kalles gjennomføringsmodellen³³ og bestemmelsene om prosessen finnes i standardens kapittel 3.

Det er en forutsetning at kunden før kontraktsinngåelse har gjennomført en behovsanalyse jfr. pkt. 3.2.1. Her skal kunden ha analysert og spesifisert formål, krav og behov.

Etter avtaleslutningen utarbeides en løsningsbeskrivelse under ledelse av leverandøren jfr. pkt. 3.3.1. Partene skal i felleskap gjennomgå de beskrevne behov og det grove løsningsforslaget. De må vurdere kundens premisser for behovsanalysen, organisasjonsmessige forhold, beskrive de prosesser som skal håndteres i prosjektet og

³² Føyen, s.244

³³ DND, s. 16-19

presisere eller utdype det tidligere avtalegrunnlag. Videre må usikkerhetsmatrisen³⁴ oppdateres i forhold til erfaringene som er høstet under utarbeidelsen løsningsbeskrivelsen jfr. pkt 3.3.1(1) if. Løsningsbeskrivelsen skal danne grunnlaget for den utførende fase, konstruksjonsfasen.

Kunden skal så gjennomgå og godkjenne løsningsbeskrivelsen. Hvis kunden ikke vil godkjenne løsningsbeskrivelsen innen en gitt frist må han skriftlig påpeke hvordan beskrivelsen er i strid med leverandørens forpliktelser.

Alternativt kan kunden utstede en endringsanmodning jfr. pkt. 3.3.1(2) og 3.3.2. Den samme kompetansen har leverandøren hvis han enten under utarbeidelsen eller som svar på kundens tilsvaret etter gjennomgåelsen av løsningsbeskrivelsen vil hevde at kundens krav utgjør en endring jfr. pkt 3.3.2.

At partene plikter å aktivere endringshåndteringssystemet under utarbeidelsen er hensiktsmessig. I praksis vil det oppstå en rekke tolkningsspørsmål under utarbeidelsen av løsningsbeskrivelsen.

Hovedregelen er at en endringsanmodning skal behandles etter prosedyren fastsatt i pkt. 3.6 jfr. pkt 3.3.2(2).

Et unntak gjelder ved en prisoverskridelse på over 5 % av kontraktsprisen. Da kan kunden velge å avbestille hele prosjektet eller frafalle endringsanmodningen jfr. pkt. 3.3.2(2). Hvis kunden velger å avbestille i denne fasen vil leverandøren ikke få samme avbestillingsvederlag som under utførelsen av programmeringen. Kun dokumenterte og godkjente utgifter dekkes og leverandøren har ikke krav på avbestillingsvederlag etter pkt. 7.3 jfr. pkt. 4.1. At avbestilling av leveransen er mindre belastende for partene i løsningsbeskrivelsesfasen enn i konstruksjonsfasen virker hensiktsmessig. Her avviker heller ikke PS2000 mye fra relevant kontraktspraksis, hvor adgangen er større tidligere i prosjektet enn senere.

Resultatet av løsningsbeskrivelsesfasen er partene får et nytt kontraktsgrunnlag for utviklingsarbeidene. Der hvor behovsanalysen er fraveket skal klart fremgå av løsningsbeskrivelsen ellers inkorporeres behovsanalysen jfr. pkt. 3.3.3.

³⁴ Jfr. 5.2

Gjennomføringsmodellen forutsetter også at partene skal samarbeide om en detaljplan for hvert trinn i konstruksjonsfasen jfr. pkt. 3.4.1. Ved planleggingen av utviklingstrinnene skal det tilrettelegges for en iterativprosess.³⁵ Leverandøren skal utvikle, integrere og tilpasse komponentene trinnvis i forhold til løsningsbeskrivelse og detaljplan. Med komponenter menes avgrensede eller selvstendige deler av programvare som kan utvikles eller baseres på standardprogramvare eller en del av et tilgjengelig programbibliotek.

I tillegg til de tre ovennevnte bidrar kunden med ytterligere spesifisering ved at han kommer med innspill til design av systemet under gjennomføringen av den enkelte iterasjon. Den endelige detaljspesifikasjonen foreligger først når iterasjonen er gjennomført og godkjent.

Hvert trinn avsluttes med testing og et såkalt kontrollpunkt jfr. pkt. 3.4.5. Et kontrollpunkt er et tidspunkt for å ta stilling til om det ønskede resultatet ble oppnådd i utviklingstrinnet og planlegge neste utviklingstrinn. I kontrollpunktet avgjøres også hvilke endringsarbeider som skal utføres i påfølgende utviklingstrinn.

³⁵ Iterasjon: mat. beregning etter at samme prosess gjennomføres flere ganger, slik at man etter hver prosess får et forbedret resultat (Caplex, nettleksikon), se fig. nr. 1

5 Kontraktmekanismer av betydning for endringshåndtering

5.1 Bestemmelser av betydning for fastleggelsen av pris og fremdrift

Hovedregelen om fastsettelsen av kontraktsprisen finnes i pkt. 4.1.

Kontraktsprisen består av tre elementer. En fast pris uavhengig av leverandørens arbeidsytelser og en målpris. Et kostnadselement, som er leverandørens estimat av antall arbeidstimer som han trenger for å fullføre utviklingsprosjektet. Et påslag for usikkerhet som beregnes underveis i prosjektet jfr. pkt 4.1(1). Påslaget for usikkerhet er kostnader som forventes å påløpe og som ikke er definert som enkeltposter i vederlagskalkylen. Påslaget er prosentvis og begrenses av den usikkerhetsmargin³⁶ som etter leverandørens oppfatning er en direkte følge av manglende presisjonsnivå i behovsanalysen.³⁷ Formålet med denne bestemmelsen er å prøve å ivareta usikkerhetsmomenter som typisk kan forekomme i utviklingsprosjektet. De to sistnevnte priselementene utgjør målprisen.

I tillegg til at målprisen kan endres på grunn av endringsordrer operere PS2000 med incentivordninger. Ordningene skal virke motiverende, bidra til en raskere og rimeligere gjennomføring. Incentivordningen er knyttet til både pris og tid.. Hvorvidt incentiver eller sanksjoner vil endre målprisen blir avstemt på slutten av utviklingsprosjektet jfr. pkt 4.2.1.

5.2 Usikkerhetshåndtering og risikofordeling i PS2000

Kunden har i utgangspunktet ansvaret for usikkerheten knyttet til rammebetingelsene i utviklingsprosjektet. På den annen side har leverandøren ansvaret for usikkerheten knyttet til gjennomføring av prosjektet. Forutsetningen er at kunden gjennomfører en usikkerhetsanalyse, som kan suppleres og kommenteres av leverandøren jfr. pkt 3.2.2.

³⁶ Jfr. 5.2

³⁷ DND, s. 22

Usikkerhetsmatrisen oppdateres i hvert kontrollpunkt, som et grunnlag for detaljplanleggingen i neste trinn. Matrisen har betydning både for det ansvar og den pris som er avtalt mellom partene i øvrige bilag. Endrede eller nye usikkerhetsfaktorer gir ikke grunnlag for fremme av endringsanmodninger jfr. pkt. 3.2.2(2). Målprisen vil derfor kun bli endret som følge av incentiver, sanksjoner eller endringsordrer.

I følge DNDs veiledning s.10 er det en rekke risikoer knyttet til bruk av PS2000:

- Kontraktstekst og form er uprøvd og ny
- Behovsanalysens nivå og tilbyderes evne til å estimere på dette grunnlag
- Endringer i forhold til antall trinn og iterasjoner, og derigjennom omfanget av gjenstående arbeider
- Incentivmekanismer som er balanserte og som fungerer også ved avvik og endringer.

Typisk relevante elementer i en usikkerhetsmatrise er fremstilt i avsnitt 1.2.

5.3 Utviklingsmetodens betydning for endringsreglene

Det som er fordelen med den iterative metode er at det er enkelt å både kreve endringer og å få de gjennomført. Dette kan samtidig være en ulempe fordi omfanget kan bli for stort og virke forstyrrende i et pågående prosjekt. Design og koding sammenfaller og utvikleren har i prinsippet alle muligheter til å imøtekomme behov fra alle brukere. Brukere vil gjerne komme med stadig nye ideer og synspunkter underveis i prosjektet. Dette stiller store krav til regler om styring i prosjektet. Jo mindre detaljert kravene er spesifisert jo bedre må selve gjennomføringsprosessen beskrives.

Utviklingsprosessen bør baseres på delleveranser som i størst mulig grad bør kunne settes i drift hver for seg, hver delleveranse bør ikke vær større enn at partene har en detaljert oversikt over prosessen.

En ulempe for leverandøren er at det kan bli vanskelig å planlegge ressursbehov hvis mengden av endringer blir stor. Dette kan løses ved at prosessen styres med hensyn til lengden av iterasjonene og ved at hver delleveranse blir fastlagt nøyaktig i tid. Men forutsetningen for hver delleveranse er at resultatet skal kunne brukes.

Bruker og utviklere vil i felleskap fatte de beslutninger som er nødvendige underveis.

Opprinnelig funksjonsliste kan strykes eller overføres til neste trinn eller til senere trinn.

Når utviklingsmetoden er interaktiv stilles det større krav til kundens medvirkning ved prosjektgjennomføringen enn ved fossefallsmetoden. Kunden har i utgangspunktet større ansvar, kommentarer til prototyper bør være forpliktende og faktisk binde kunden.

Kundens prosjektsmedvirkningsansvar bør være allokert til en brukergruppe som er faglig kompetent og bemyndiget til å ta nødvendige beslutninger. Personellet bør kunne fristilles fra ordinære arbeidsoppgaver. PS2000 har derfor en relativ omfattende regulering for når leverandøren kan anmode om endringsordre når kunden ikke medvirker, jeg viser til avsnitt 6.5.6.

6 Endringshåndteringsreglene i PS2000

6.1 Innledning

Endringshåndteringsreglene kan aktiveres på flere ulike faser i utviklingsprosjektet. Størst betydning har reglene når endringsbehovet oppstår i konstruksjonsfasen (utviklingsfasen) som vil bli behandlet i det følgende. Reglenes anvendelse i løsningsbeskrivelsesfasen er drøftet i kapittel 4.

6.2 Kundens endringskompetanse i konstruksjonsfasen

6.2.1 Innledning og behov

Reglene om endringshåndtering skal gi kunden fleksibilitet med hensyn til å få sine ønsker og behov oppfylt. På den annen side skal ikke adgangen til endringer forrykke en rimelig balanse i kontraktsforholdet. Kundens ensidige endringskompetanse må derfor balanseres med både materielle og prosessuelle regler som skal sikre leverandøren en økonomisk og/eller tidsmessig kompensasjon.

Med endringskompetanse menes kundens rett til å kreve endringer i ytelsen i forhold til det som er angitt i løsningsbeskrivelsen. Kunden må i utgangspunktet ha anledning til å kreve at endringer blir utført. Det er han som skal betale for systemet og også leve med systemet som skal utvikles.

6.2.2 Rettsgrunnlag

For at kunden skal ha kompetanse til ensidig å kreve en endring må det foreligge et avtalegrunnlag for dette. I PS2000 er hjemmelen for kundens endringsrett i pkt. 3.6.1(1). I følge ordlyden kan kunden kun anmode om endringer, og i utgangspunktet taler derfor ordlyden mot at kunden har en ensidig rett til å pålegge endringer. Men ordlyden må tolkes i lys av de øvrige bestemmelsene om endringer og forutsetningene for kontraktens endringssystem.

En anmodning fører til at leverandøren får en plikt å utrede hvilke konsekvenser endringen vil medføre jfr. pkt. 3.6.1(3). Konsekvensene må utredes innen en gitt frist som skal spesifiseres i Bilag C.

I følge pkt. 3.6.2 skal kunden først utstede en endringsordre når han har vurdert alle konsekvensene av endringen. Leverandørens konsekvensutredning er å anse som et tilbud, som kunden enten kan akseptere ved å utstede en endringsordre eller ikke akseptere ved å tilbakekalle endringsanmodningen.

SSU pkt 9.1 og IKT-SUP pkt 6.1 har begge en klar ordlyd med hensyn til kundens endringskompetanse. ”kunden har rett til å gi pålegg om endring”.

Det samme gjelder for NF 92 som også i artikkeloverskriften er klar ”rett til endring” jfr. A12. Disse standardene er basert på fossefallsmetoden³⁸, hvor leverandøren har et resultatansvar i forhold til en fast løsningsspesifikasjon og en fast pris.

Ordlyden ”kan anmode om endringer” i standardens pkt. 3.6.1(1) er ikke like klar som den i relevant kontraktspraksis. Her brukes typisk ”rett til å gi pålegg om endring”, f. eks. SSU A 9.1. En problemstilling er om en vagere ordlyd, kan bety at kunden etter PS2000 har en snevrere endringskompetanse enn den i relevant kontraktspraksis. Ordlyden må tolkes i lys avtalens formål og forutsetninger. Kundens endringsanmodning medfører at leverandøren får en plikt til å innlevere et tilbud på endringer. Etter PS2000 har leverandøren en innsatsforpliktelse med elementer av resultatforpliktelse. Dette må bety at han i forhold til kunden må være mer fleksibel med hensyn til å tillate endringer enn tilfellet er hvor utviklingsoppdraget utføres etter fossefallsmetoden. Standarden opererer også med avtalevilkår om samarbeidsplikt partene i mellom noe som jo også forutsetter at kunden skal ha betydelig adgang til å påvirke ytelsens innhold.

Konklusjonen må bli at kundens endringsrett etter PS2000 ikke er snevrere enn reguleringen i relevant kontraktspraksis.

Hvor vid endringskompetansen er, vil i realiteten avhenge av hvilke begrensinger som følger av standardens bestemmelser.

³⁸ Jfr. 4.2

6.2.3 Begrensinger i endringskompetansen.

I følge ordlyden kan kunden anmode om endringer i form av ”økning og reduksjon av omfang og innhold” og ”endring av fremdriftsplanen” pkt 3.6.1(1). Ordlyden gir en viss veiledning for rekkevidden av kundens endringskompetanse, men den må tolkes i lys av de reelle hensyn som gjør seg gjeldende mellom partene. Hensynet til forutberegnelighet for leverandøren er en begrunnelse for et behov for begrensninger. Leverandøren må kunne planlegge med tanke på utføre annet arbeid og det også for andre kunder. Utsettelse eller krav om forsering kan medføre problemer for leverandørens ressursplanlegging.

6.2.4 Positiv endringsordre

I utgangspunktet gir ordlyden grunnlag for å kreve mer og nytt arbeid utført jfr. pkt. 3.6.1(1). Leverandøren har derfor i utgangspunktet en utførelsesplikt i forhold til gyldige endringsordrer.

Men denneplikten er begrenset til en nærmere angitt ”nettoeffekt”, som beregnes ved en samlet vurdering av alle utstedte endringsordrer og innkomne endringsanmodninger som er til vurdering hos leverandøren jfr. pkt 3.6.2(6). Den objektive grensen er satt til 20 % prosent av den avtalte målprisen i prosjektet jfr. Bilag C 2.0. Partene står fritt til endre denne grensen ved avtaleinngåelsen.

Hva ligger i kriteriet ”nettoeffekten”? I utgangspunktet er dette kriteriet knyttet opp mot målprisen, det vil si en størrelse som kan kalkuleres. Leverandøren må vurdere den til enhver tid samlede mengde fastlagte endringsordrer og innkomne endringsanmodninger, både positive og negative. Men det er ikke alltid prisen som er avgjørende for hvorvidt en leverandør kan utføre mer arbeid enn han har planlagt i et gitt tidsrom. Det er også rimelig at leverandøren må kunne ta i betraktning hvilke ressursmessige konsekvenser et krav vil kunne få, ved sin beslutning om å nekte å utføre mer tilleggsarbeid. Dette gjelder like mye overfor personell som må avsettes til konsekvensutredning, som personell som skal benyttes til programmeringen, ofte vil dette være de samme ressursene. På den annen side tas den eventuelle beslutningen om når utførelse av endringsarbeidet skal iverksettes i samarbeid mellom partene i kontrollpunktet jfr. pkt 3.4.5(2). Dessuten skal jo alle konsekvenser utredes av leverandøren først og da skal jo også konsekvenser for

fremdriftsplanen tas med. Ressursmessige konsekvenser ved positiv endringsordre bør derfor ikke innvirke særlig ved beregning av nettoeffekten.

Det er nettoeffekten av endringene sett i forhold til målprisen som skal legges til grunn ved beregningen av om endringene utgjør mer enn den angitte prosentsatsen.

Rettsvirkningen av at den avtalte nettoeffekten overskrides er at leverandøren kan nekte å utføre mer endringsarbeider. Leverandør har arbeidsplikt inntil nettoeffekten, men overskytende endringsarbeider kan nektes uten at det får noen rettslig betydning for leverandøren.

Når endringsarbeider skal implementeres drøftes i 6.4.1.

6.2.5 Negativ endringsordre.

I utgangspunktet gir ordlyden grunnlag for å redusere både omfang og innhold av den godkjente løsningsbeskrivelsen jfr. pkt. 3.6.2(1) og pkt. 3.6.1(1).

Med reduksjon av omfang menes at kunden ønsker færre delsystemer eller et mindre system totalt sett enn opprinnelig avtalt. Reduksjon av innhold må antas å være et ønske om enklere funksjonalitet i de enkelte delsystemer eller generelt. For leverandøren vil virkningen bli den samme, han vil få mindre å gjøre. Hvis leverandøren har innrettet seg og allerede utført arbeider (prosjektering, planlegging eller programmering) av betydning i forhold til kravet om negativ endring, må leverandøren ha krav på vederlag. Hvor mye han bør kunne kreve er avhengig av om allerede allokert personell kan benyttes i andre deler av prosjektet eller forutsetningsvis i andre prosjekter. Begrensningen må her som i drøftelsen ovenfor vurderes i forhold til beslutningstidspunktet for iverksettelsen av den negative endringsordren. I tiden frem til kontrollpunktet har leverandøren plikt til utføre det pågående arbeidet og i tillegg har han plikt til å utrede konsekvensene av endringsanmodningen om den negative endringen. Han får her en viss foranledning til å vurdere ressursbruken for fremtiden, men den betydning reduksjonen vil kunne få for allerede pågående arbeidet er det vanskeligere for leverandøren å ha noen formening om da endelig beslutning ikke tas før i kontrollpunktet.

Hva plikter leverandøren å gjøre hvis han oppdager at den negative endringsordren har direkte betydning for de pågående arbeider? Han har arbeidsplikt i forhold den løpende

iterasjon og skal vurdere alle forhold i konsekvensutredning. Spørsmål om varslingsplikt vil bli behandlet avnittel 6.5.

I likhet med drøftelsen overfor angir standarden et kvantitativt kriterium for mye kunden kan redusere de avtalte arbeider med før endringen skal regnes som en delvis avbestilling av utviklingsprosjektet jfr. pkt. 3.6.2(6) 2 pkt. Kriteriet er at nettoeffekten av endringene utgjør en reduksjonen på mer enn 20 % i forhold til målprisen. I likhet med ovenfor må effekten av den samlede mengde positive og negative, endringsordrer og endringsanmodninger tas med i vurderingen. Ved vurderingen av hva som er den negative "nettoeffekten" vil det sentrale være om ressursene kan omdisponeres slik at reduksjonen ikke blir så stor som 20 %.

Overskrides denne grensen er rettsvirkningen at vederlaget skal behandles etter reglene om delvis avbestilling jfr. pkt 3.6.2(6). Dette innebærer at leverandøren har krav på ekstra vederlag for direkte kostnader knyttet til avviklingen og et avbestillingsgebyr som er begrenset til en prosentsats avtalt i Bilag D. På den annen side har leverandøren en tapsbegrensningsplikt jfr. pkt. 7.3(2).

6.2.6 Endring av fremdriftsplanen

Ordlyden gir kunden adgang til både positiv og negativ endring av fremdriftsplanen jfr. pkt 3.6.1. Med positiv endring menes at fristen forlenges i forhold til det som var opprinnelig avtalt. Med negativ endring menes en forkortelse av fristen for ferdigstillelsen, det betegnes ofte som en forsering. Fristforlengelse er ofte en direkte følge av pålegg om endringsarbeider, hvor økning og reduksjon av ytelsens innhold og omfang vil nødvendiggjøre en endring av fremdriftsplanen, men det kan også være behov for tidsforskyvninger uavhengig av endringer i arbeidsomfanget.

6.2.6.1 Utsettelse - fristforlengelse

Med fristforlengelse menes at utviklingsprosjektet utsettes i tid enten som en følge av kundens eller leverandørens behov. Kunden kan pålegge leverandøren endringsarbeider som gjør at han samtidig må endre fremdriftsplanen (kreve fristforlengelse) utover det opprinnelige ferdigstillestidspunkt. Når kunden vil forlenge fristen kalles det ofte utsettelse, midlertidig avbrudd eller stansing.

Etter PS200 kan kunden kreve midlertidig avbrudd i arbeidene uten noen nærmere begrunnelse jfr. pkt. 7.2 og pkt. 7.1. Avbruddet må imidlertid ikke overstige 60 kalenderdager, det skal da regnes det som en avbestilling jfr. pkt 7.2. Forutsetningen for at kunden skal kunne kreve stans i arbeidene er at han utsteder en endringsordre. Endringsordren er grunnlag for leverandørens tilleggskompensasjon for eventuelt bemanning av beredskapspersonell og personalet som var i aktivitet da varselet om avbruddet kom og som ikke leverandøren kunne nyttiggjøre seg på annen måte under avbruddet jfr. 7.2(2). Fremdriftsplanen skal naturlig nok endres tilsvarende avbruddsperioden jfr. 7.2(3).

6.2.6.2 Forsering

Med forsering menes at ytelsens kreves utført raskere en opprinnelig forutsatt som en følge forhold som har ført til avvik fra ferdigstillelsepunktet. Forutsetningen er at det er kunden som har risikoen for de forhold som har ført til forsinkelsen av utviklingsprosjektet. Når leverandøren har risikoen for de forsinkende forhold må han forsere ellers kan han komme i mislighold etter kontraktens alminnelige misligholdssanksjoner.

Forseringskrav kan oppstå på tre måter:

1. Endringspålegg som fører til redusert arbeidsmengde. Leverandøren må kunne forsere, men hvor mye?
2. Endringspålegg som fører til øket arbeidsmengde, leverandøren krever fristforlengelse, men kunden krever forsering.
3. Rene forseringskrav. Leverandøren pålegges å forsere uten endringer i arbeidsomfanget.

Ordlyden i PS2000 inneholder ingen begrensinger i kundens adgang til å kreve forsering jfr. pkt 3.6.1. I utgangspunktet må derfor kunden kunne kreve at leverandøren forserer i alle de tre ovennevnte tilfeller. PS2000 samsvar her med sjøentreprise jfr. NF 92 A12.1 (2) og A 11.4. Men sjøentreprisen har en generell og relativ begrensning i forhold til hva partene med rimelighet kunne regne med på avtaleinngåelsen jfr. NF 92 A 12.1(3). Hva som ligger i denne begrensingen drøftes i avsnitt 6.2.6.3.

Både IKT-SUP og SSU gir kunden hjemmel for å kreve forsering.³⁹ Forseringspåleggene kan kun iverksettes for å unngå følgene av eller begrense virkningen av endringsarbeider. Men leverandørens plikt er begrenset til ”så langt det er praktisk mulig”.

Hvis arbeidsomfanget reduseres må også leverandøren kunne forserer arbeidet. Men det er ikke sikkert forseringen kan bli forholdsmessig. Selv om arbeidsmengden minsker må ressurser kunne frigis og ha tid til å sette seg inn i hva som skal utvikles på andre delsystemer (omrokkeres).

Spørsmålet om forseringskrav når leverandøren har krav på fristforlengelse må avgjøres ut i fra hvor kritisk en forsinkelse vil kunne bli for partene. For store og kostbare prosjekter er som regel konsekvensene av forsinkelser enorme. Overholdelsen av milepæler underveis kan også være kritisk. Kunden kan ha inngått andre kontrakter med leverandører som er avhengig av at enkeltmoduler er ferdige for at de også skal kunne komme i mål. Hvis disse hensyn er viktige bør kunden kunne kreve forsering også i dette tilfellet. Men et slikt krav må begrenses av om det er praktisk mulig for leverandøren å ta igjen det tapte. Viktige momenter i en slik vurdering er utviklingsprosjektets lengde, hvilken tilgang leverandøren har på knapphetsressurser, som f. eks. kvalifisert programmeringspersonell. På hvilket tidspunkt i prosjektet forseringskravet fremsettes er også av sentral betydning. Det må legges vekt på hvilke ressurser og deres kvalifikasjoner som leverandøren har oppgitt i anbudsfasen for å oppfylle sin innsatsforpliktelse. De samme synspunkter bør også gjelde for rene forseringspålegg.

Den eneste begrensingen leverandøren kan møte et forseringskrav med er nettoeffekten, knyttet til vederlaget. Hvis reguleringen fører til at leverandøren må spekulere i pris for å hindre forseringskrav er reguleringen ikke hensiktsmessig. Her synes reguleringen i IKT-SUP og SSU å være mer balansert. PS2000 burde hatt en klarere regulering av grensen for adgangen til å kreve forsering

³⁹ Jfr. IKT-SUP A6.4.2(2) og SSU A9.4(5)

6.2.6.3 Endringsbehov forårsaket av leverandøren

Hvis et endringsbehov oppstår som en følge av en unnlatelse eller handling fra leverandøren har han verken krav på tilleggsvederlag eller fristforlengelse jfr. pkt. 3.6.2(4). Dette er situasjoner hvor leverandøren på en eller annen måte svikter under utførelsen av utviklingsarbeidene. Kunden kan velge å fastholde avtalen og leverandøren må da hente inn det tapte ellers kommer han i mislighold. Men det kan hende kunden ser at svikten kan bli alvorlig, han kan ønske å spare inn tid. Kunden må derfor kunne utstede en endringsordre. Rettsvirkningen blir at leverandøren får arbeidsplikt uten at han har krav på vederlag eller endring av fremdriftsplanen.

I rekke tilfeller kan det oppstå blandingstilfeller.⁴⁰ Det tenkes at leverandørens svikt og at kunden har kommet på andre tanker sammen kan lede til endringsbehov. Det kan også tenkes leverandøren har oversittet varslingsfristen i forhold til feil fra kundesiden som får konsekvenser for prosjektet.⁴¹ I begge tilfeller må leverandørens krav på vederlag og justering av fremdriftsplanen reduseres forholdsmessig. I det siste tilfellet kan leverandøren ikke kreve vederlag for konsekvensene av han varslet for sent. Men han kan kreve vederlag for arbeider han pålegges som følge av virkningen feilen fra kundesiden vil hatt uansett varselets betydning.

6.2.6.4 Vurdering av grensen for kundens endringskompetanse

Grensen for leverandørens arbeidsplikt i PS2000 fastsettes etter det objektive kriteriet nettoeffekten. Her kan partene avtale hvor stor den prosentvis endring i arbeidsomfang skal være.

I relevant kontraktspraksis opereres det med en kvalitativ grense basert på rimelighet jfr. SSU 9.1. Bestemmelsen ligner på den i NF 92 A12.1(3). IKT-SUP innholder derimot ikke en slik bestemmelse.

Hva ligger i det ”partene med rimelighet kunne regne med ved avtaleinngåelsen.”?

⁴⁰ Kaasen, s. 341

⁴¹ Jfr. 6.5.5

Rammen for rimelighetsbetraktningen er trukket opp av Kaasen: "Utgangspunktet er kontraktens generelle ramme. Eksempelvis: hva slags oppdrag dreier det seg om, hvor veldefinert er prosjekteringen ved kontraktinngåelsen, hvor lang er kontraktsperioden og hvilken sammenheng kontrakten har til andre kontrakter i utbyggingsprosjektet. Slike forhold indikerer hvilken type kontraktpraksis som er relevant for vurderingen av forventede endringer. Forholdene er for forskjellige til at man kan operere med en felles forventning til alle typer fabrikkasjonskontrakter".⁴²

Et moment i vurderingen er om det foreligger holdepunkter for at leverandøren har begrensinger med hensyn til kapasitet og tidsbegrensinger som følge av hans øvrige oppdrag. Hvis det er tilfellet utgjør dette ikke noen absolutt grense, det kan tenkes at leverandøren må benytte underleverandører for å utvide kapasitet eller kompetanse i prosjektet. Hvor praktisk er dette er i utviklingsprosjekter er usikkert men vil avhenge mye av tidspunktet for endringen og selvfølgelig hvilken pris kunden er villig til å betale.

Er det hensiktsmessig å operere kun med objektive kriterier eller burde standarden hatt en skjønnsmessig basert rimelighet for å fastsette grensene for kundens endringskompetanse? Objektive vilkår vil som regel være lettere å håndtere for partene og vil oftere kunne forebygge tvister, enn vilkår basert på rimelighetsvurderinger. På den annen side vil en skjønnsmessig regel være praktisk når det er usikkert om kontraktens øvrige bestemmelser vil balansere eventuelle urimeligheter som kan oppstå ved anvendelse av objektive kriterier.

I PS2000 skal prosjekteringen foregå i et samarbeid mellom partene. Kunden har hovedansvaret for prosjektets rammer og leverandøren har hovedansvaret for gjennomføringen. I tillegg er partene forpliktet til løpende til å forholde seg til usikkerhet og skal ta høyde for risiko som kan oppstå i forhold til tredjeparter. En skjønnsmessig grense basert på rimelighet vil kunne ha noe for seg der hvor tidsmomentet er kritisk og følgene av en endringsordre vil kunne få store konsekvenser for leverandøren. I utviklingsavtaler er det sjelden tilfellet.

Etter min oppfatning er det ikke behov for en generell bestemmelse basert på rimelighetsbetraktninger. Det objektive kriteriet nettoeffekten synes mer hensiktsmessig.

⁴² Kaasen, s. 301-302

6.2.7 Leverandørens plikt til konsekvensutredning.

PS2000 forutsetter at kunden skal ha en vid adgang til å endre ytelsen underveis innenfor den avtalte ramme gitt i løsningsbeskrivelsen. Forslagene til endringer kan i utgangspunktet være godt begrunnet, men det er ikke sikkert kunden er fullt klar over alle konsekvenser som et endringsønske kan innebære. Leverandøren skal presentere sitt syn på hvilke virkninger endringsforslaget kan innebære. Han må se om arbeidene kan innpasses i kontraktens styringssystem, planlegge ressursbehov og justere milepæler. I et systemutviklingsprosjekt er leverandøren nærmest til å kunne vurdere mulige virkninger av ulike ønsker om endring.

Når kunden fremsetter en endringsanmodning oppstår ikke umiddelbart en utførelsesplikt for leverandøren, men han plikter å utrede alle relevante konsekvenser som forslaget kan innebære jfr. pkt 3.6.1(3). Formålet med bestemmelsen er å gi kunden et beslutningsgrunnlag i forhold til om han skal frafalle kravet eller fastholde det ved å utstede en formell endringsordre.

Hvilke innholdskrav bør kunne stilles til en konsekvensutredning?

Innholdskravene i PS2000 fremgår av bilag C 6:

- funksjonalitet og virkning på leveransen slik den er beskrevet i bilag A, herunder virkning på ytelse og kapasitet
- virkning på kontraktsprisen slik den er angitt i bilag D
- virkning på fremdriftsplanen i dette bilag C
- endrede krav til test eller kundens medvirkning for øvrig
- virkning på fremtidig vedlikehold, ref. bilag E
- om endringen anbefales utført i sammenheng med andre endringsordre

Standardens krav må sies å være omfattende og godt spesifiserte for å kunne gi en grundig tilbakemelding til kunden. Innholdskravene samsvarer stort sett med reguleringen i relevant kontraktspraksis. IKT-SUP går kanskje noe lengre fordi den også krever dokumentasjon om tidsbruken under utredningen, men dette innholdskravet må sees i sammenheng med at det oppstilles et nødvendighetsvilkår for at leverandøren skal få dekket sine utgifter for utført utredningsarbeid jfr. IKT-SUP 6.2.2 jfr. 6.2.3.

Når kan det kreves en konsekvensutredning?

I PS2000 kan konsekvensutredning kun kreves av kunden i forbindelse med at han fremsetter et endringsforslag jfr. pkt 3.6.1(3). Relevant kontraktspraksis er ikke entydig her. Reguleringen i PS2000 samsvarer med den i SSU.

Men etter IKT-SUP plikter leverandøren også å utrede når kunden for øvrig ber om det jfr dens 6.2.1.⁴³ Kunden kan be om en utredning uavhengig av om han har tenkt å pålegge leverandøren en formell endringsordre eller ikke.

Et spørsmål er om det etter PS2000 burde være en videre adgang for kunden til å kreve konsekvensutredninger?

Kan hende er behovet større når utviklingen skjer etter fossefallsmetoden, hvor utgangspunktet er en fast kravspesifikasjon og det forhold at kunden ikke er like tungt involvert i prosjektet, slik tilfellet er ved anvendelse av iterativ metode.

På den annen side må kunden uansett betale vederlag for utredningen og risikoen for at han forstyrrer leverandøren unødvendig i de pågående arbeider vil ligge hos kunden. En vid adgang til å kreve konsekvensutredninger kan derfor forsvares.

Men etter min oppfattning synes likevel løsningen i PS2000 her å være mer hensiktsmessig enn den i IKT-SUP og NF 92.

Skal konsekvensutredningen anses å være rettslig bindende for leverandøren? Standardens løsning er at kunden skal meddele om det aksepteres at forholdet er en endring og konsekvensene av den jfr. pkt. 3.6.2(1). Dette må kunne tolkes som om utredningen er rettslig bindende tilbud fra leverandøren. Kunden har tre handlingsalternativer på bakgrunn av den mottatte konsekvensutredningen: han kan trekke endringsforslaget tilbake, utstede ordinære endringsordre eller sende den til prosedyre definert som omtvistet endringsordre jfr. pkt. 3.6.3. Etter PS2000s system vil alltid en konsekvensutredning være juridisk bindende for leverandøren.

Hvilken svarfrist bør gjelde for leverandøren?

I PS2000 er leverandøren pålagt å svare innen en frist på 10 dager jfr. Bilag C 6. Partene står selvfølgelig fritt til avtale en annen absolutt frist.

SSU, IKT-SUP og NF 92 opererer alle med den relative fristen ”uten ugrunnet opphold”. I tillegg har SSU en absolutt frist på senest innen 10 virkedager.

⁴³ Sml. NF92 12.2(1) 2 pkt.

Dette kan ha sammenheng med spørsmålet om når kunden kan kreve en konsekvensutredning av leverandøren. Etter IKT-SUP og NF92 kan kunden når som helst kreve en utredning og de benytter begge kun en relativ frist.

I tråd med PS2000 kan det etter SSU også kun kreves en utredning hvis kunden fremsetter et ønske om endring jfr. SSU 9.2.

Den absolutte fristen i PS2000 virker etter dette å være hensiktsmessig når kravet om konsekvensutredning kun kan fremmes i forbindelse med et endringsønske.

Hvilke rettsvirkninger bør en oversittelse av fristen få?

PS2000 innholder ingen direkte bestemmelser om sanksjoner hvis plikten til å utføre konsekvensutredningen ikke overholdes. Men både hensynet til lojalitet mellom kontraktspartene og hensynet til en effektiv kontraktsavvikling taler for at leverandøren ikke skal premieres ved passivitet.

En problemstilling er hvorvidt kontraktens bestemmelser om misligholdssanksjoner kan komme til anvendelse. Dagbøter for forsinkelse gjelder bare ved forsinkelse av hovedmilepæler jfr. pkt 6.1.1. Heller ikke brudd på samarbeidsplikten kan sanksjoneres jfr. pkt. 1.2 (3). En må falle tilbake på sanksjoner som følger av alminnelige kontraktsrettslige regler.

Hvilket vederlag kan leverandøren kreve?

Hovedregelen i PS2000 er at leverandøren kan kreve vederlag for dokumenterte merkostnader for selve utredningsarbeidet jfr. pkt 3.6.1(3). De vanlige timerater i kontrakten skal i utgangspunktet benyttes ved beregningen av merkostnadene.

Dette gjelder kun hvis det er kunden som fremmer endringsønsket. Når det er leverandøren som fremmer endringsønsket er det et vilkår at anmodningen fører til en utstedelse av en formell endringsordre ellers dekkes ikke utgiftene i forbindelse med konsekvensutredningen jfr. 3.6.1 (3) i.f.

6.2.8 Kostnads- og tidsmessige virkninger av endringer i arbeidet

6.2.8.1 Innledning

Spørsmålene om justering av vederlag, ressursbruk og fremdriftsplan er sentrale for balansen i endringssystemet. Det er igjennom dette at leverandørens kommersielle posisjon gjenopprettes når kunden har endret hans plikter. Et prissystem bør være praktisk anvendelig og sikre leverandøren kompensasjon for den faktiske kostnadsvirkning. På den annen side bør kunden sikres mot at leverandøren krever for høy pris.

Dette kan oppnås enten ved forhåndsdefinerte priser for endringer eller ved forhandlinger. Kostnadsvirkningen av en endring kan en til en viss grad forutse ved å avtale hvilke prismekanismer som skal gjelde. Men dette gjelder ikke i like stor grad for fremdriften av prosjektet. Partene er avhengig av å løpende justere fremdriften i forhold til endringer som skal utredes og utføres.

At de kostnadmessige og ressursmessige sider fremstår som klare er av vesentlig betydning for om partene har tilstrekkelig grunnlag for å akseptere endringsforslaget. Det er ikke bare virkningene for endringen alene, men også virkningen for de pågående arbeider i prosjektet som bør være forutberegnlige. Så vidt mulig må også virkningene for kostnader knyttet til løpende drift og vedlikehold tas med. Problemstillinger knyttet til ressursbruk er først og fremst aktuelle ved reduksjon av kontraktsarbeidene og ved forseringskrav.

Endringer som utredes og implementeres i utviklingsfasen vil alltid ha betydning for prosjektets tidsplaner. Noe av virkningen kan kanskje unngås ved at en kan bytte om på tidsrekkefølgen (omrokkere) i forhold til endringene. Ved løpende revisjoner av kravspesifikasjonen vil en måtte foreta innbyrdes prioritering av hvilke endringer som skal implementeres når.

Negative endringsordre vil i utgangspunktet føre til redusert ressursbruk slik at kostnader kan spares, men dette er ikke nødvendigvis tilfellet. Planleggings- og omprioriteringsoppgaver for å kunne anvende personale til andre oppgaver, kan absorbere deler av det innsparte.

6.2.8.2 Hvordan er virkningene for vederlaget regulert i PS2000?

En gyldig endringsordre er en forutsetning for at leverandøren skal ha rett til vederlagsjustering for pålagte endringsarbeider. Det medfører at to vilkår er ubetinget for vederlagsjusteringen. For det første må leverandørens kostnader påvirkes av omstendigheter som gir ham krav på endringsordre. For det andre må kravet ikke være prekludert som følge av at leverandøren har oversittet fristen for å kreve utstedelse av endringsordren jfr. pkt 3.6.1(2)i.f .⁴⁴

Hvilket kontraktsgrunnlag har leverandøren for å kreve justering av vederlaget? Bestemmelsene om vederlagskrav som leverandøren kan kreve når han blir pålagt å utføre endringsordrer finnes i pkt. 3.6.2(2) og 3.6.2(1). Ordlyden sier kun at kontraktsprisen skal justeres i samsvar med konsekvensene slik de fremgår av endringsordren. Hvis kunden er enig i prisen som fremgår av konsekvensutredningen må han legge den til grunn. Ved uenighet om prisen skal kunden definere endringsordren som omtvistet jfr. 3.6.3(1) og 2.6.3(2).

Hvilke retningslinjer skal gjelde ved fastsettelsen av vederlaget for pålagte endringsarbeider? Bestemmelsen C6(2) i Bilag C henviser til at virkningen for kontraktsprisen skal angis i Bilag D. I bilag D1(2) er utgangspunktet at de timerater som skal benyttes for det opprinnelig avtalte arbeider også skal anvendes ved tilleggarbeid. Vederlaget skal som hovedregel fastsettes etter de timerater som er definert for de ulike stillingskategorier under bilag D 2.4. Hvis partene ønsker å avtale andre satser for endringsarbeidene enn ellers i kontrakten må disse angis i en egen tabell i Bilag D.

6.2.8.3 Hvordan er virkning for fremdriftsplanen regulert i PS2000?

Hvilke kontraktsmekanismer inneholder PS2000 for justering av fremdriften ved endringer? Utgangspunktet er som i drøftelsen overfor at fremdriftsplanen skal justeres i samsvar med konsekvensene slik de fremgår av endringsordren jfr. pkt. 3.6.2(2).

Justering av fremdriftsplanen vil være aktuelt i to hovedtilfeller. For det første når leverandøren kan kreve fristforlengelse for endringsarbeider han blir pålagt og ved

⁴⁴ Jfr. 6.6

forseringskrav som innebærer at han må akselerere arbeidstempoet eller som følge av at arbeidene blir redusert i omfang. Problemstillinger rundt forseringskrav er drøftet i avsnitt 6.2.4.

PS2000 sier bare at virkningen på fremdriftsplanen skal angis i konsekvensutredningen jfr. Bilag C6 som viser til Bilag C5.

6.3 Kravet om endringsordre

Når kunden har funnet grunnlag for å utstede en endringsordre er dette teknisk sett en endring av kontrakten. I bakgrunnsretten er det i utgangpunktet ikke noen formkrav, men hensynet til klarhet og dokumentasjon taler for at det bør settes enkelte formkrav i kontrakten for at endringsordren skal være gyldig.⁴⁵

På den annen side bør ikke formkravene være for strenge i forhold til de faktiske behovene, slik at kontraktsavviklingen kan bli mest mulig smidig.

Hovedregelen er at leverandøren ikke har noen plikt til å implementere endringer uten grunnlag i en formell utstedt endringsordre jfr. pkt 3.6.2(1). Han kommer heller ikke i mislighold hvis han unnlater å følge en endringsinstruks som ikke tilfredsstiller formkravene jfr. pkt. 3.6.2 (2).

Dette utgangspunktet må modifiseres i to tilfeller:

For det første har PS2000 en bestemmelse om mindre endringer hvor de formelle kravene ikke så strenge jfr. pkt. 3.6.4. Dette er endringer og tilføyelser til spesifikasjonene av ytelsen. Teknisk sett er det endringer av kontrakten, men de har ikke nevneverdige virkninger verken for pris eller fremdrift. For eksempel endringer som noe upresist kan betegnes som kosmetiske, for eksempel endring av skjermbilder og former ved utskrift uten at betydelig underliggende logikk må endres. Reglene har fellestrekk med bestemmelsene om tegningsrevisjon i sjøentrepriseretten jfr. NF92 14.1(2).

Hovedbegrunnelsen for dette unntaket er at hensynet til en smidig kontraktsavvikling. Endringer med små konsekvenser bør følge en enkel prosedyre. Bestemmelsen krever endringsordres form, men ikke en begrunnelse i form av

⁴⁵ Woxholt, s.26

konsekvensutredning. I følge ordlyden er det leverandøren som skal bestemme hvorvidt det forligger en mindre endring eller ikke. Hvis leverandøren mener endringen vil ha betydning for pris og fremdrift, da er det ikke en mindre endring.

Leverandørens arbeidsplikt for mindre endringer inntreer umiddelbart Dette er et unntak fra hovedregelen hvor partene i felleskap skal beslutte i hvilket utviklingstrinn endringen skal implementeres jfr. pkt. 3.6.2 (3).

Et spørsmål er om leverandøren må vurdere hver mindre endring isolert eller om han kan samle de opp. Det er leverandøren som skal avgjøre hva som regnes som mindre endringer. Hvis antallet mindre endringer blir for mange underveis i utviklingstrinnet må leverandøren kunne sette ned foten hvis han ser at for eksempel de pågående arbeider vil bli forstyrret. Dette taler for at leverandøren må kunne samle opp mindre endringer

Hvorfor er det i hele tatt nødvendig å regulere forhold som kan betegnes som mindre endringer? IKT-SUP og SSU har ikke egne bestemmelser om dette. At disse standardene ikke har funnet plass til dette reiser en formodning om at reglene kanskje ikke er særlig praktiske. Alternativet til egne regler om mindre endringer er at en må følge de ordinære endringsregler. Men slike revisjoner av kontraktsgrunnlaget vil alltid forekomme. En slik bestemmelse gir god mening hvis den bidrar til mindre formaliteter og derigjennom lavere transaksjonskostnader for partene. Men bestemmelsen må også være forutberegnlig for partene i forhold de ordinære reglene om endringshåndtering i standarden.

En egen bestemmelse om mindre endringer er hensiktsmessig ved siden av PS2000 ordinære bestemmelser om endringsordre.

For det andre må leverandøren, når han vil gjøre gjeldende at en uformell instruks fra kunden i realiteten utgjør en endring, kreve endringsordre. Hvis han ikke innen en relativ frist krever en endringsordre utstedt taper han retten til å gjøre innsigelsen gjeldende. Rettvirkningen er at utførelsesplikten inntreer uten at leverandøren har krav på fristforlengelse eller pristillegg selv om instruksen faktisk innebærer en endring av hans forpliktelser. Denne problemstillingen drøftes i avsnitt 6.6.

Leverandøren har heller ikke noen rett til å utføre endringsarbeid uten formell endringsordre. En igangkjøring uten marsjordre kan medføre både misligholdsansvar og at han utfører gratisarbeid.

6.3.1 Innholds- og formkrav i PS2000

Det er et hovedkrav at endringsordren skal dokumenteres skriftlig på et fastlagt skjema jfr. pkt. 3.6.2(2). Dette utelukker alle muntlige instruksjoner. Skriftlighetskravet er først og fremst av bevismessige hensyn. For å belyse viktigheten av skriftlighetskravet ved pålegg om endringsarbeider kan to dommer i entreprise fra lagmannsretten være illustrerende:

LB-1997-3165: ”Både den inngåtte avtale og standarden krever skriftlige avtaler mellom partene ved bestilling av endrings- og tilleggsarbeider. Lagmannsretten legger til grunn at partene rent faktisk ikke har innrettet seg etter dette. De har tydeligvis hatt en helt uformell form og inngått avtaler om både endrings- og tilleggsarbeider muntlig. Det er ført bevis for at Holters (kunden) har akseptert å betale ekstra for flere slike arbeider som er muntlig avtalt. Holters kan ikke høres med at avtalene var skriftlig inngått fordi Thorud (leverandøren) hadde notert disse i sin notatbok. Dette må få den rettslige konsekvens at kravet til skriftlighet ikke kan opprettholdes som et vilkår for å anse noe som et tilleggsarbeide.”

Partene hadde avtalt skriftlighetskrav, men de fravek standardens krav ved konkludent atferd. Retten kunne derfor ikke opprettholde skriftlighetskravet som vilkår for om en endringsordre var gyldig eller ikke.

LE-1999-554: ”I et slikt forhold er det et særlig behov for den klarhet som ligger i skriftlighet når kontraktsbetingelsene endres, og den som anfører at kontrakten er endret ved muntlig avtale, må sikre bevis.”... ”Men Gundersen Maskin (leverandøren) har ikke på noe tidspunkt krevd at Tolga kommune (kunden) skulle utforme et formelt krav om å utføre arbeidene som pålegg om endring etter NS 28.2. Konsekvensen for entreprenøren av at slikt krav ikke fremsettes, er at arbeidene ansees å ligge innenfor entreprenørens kontraktsforpliktelse slik at han ikke kan kreve økonomisk kompensasjon ut over det som følger av kontrakten.”

Leverandøren hadde ikke krevet skriftlig endringsordre. Arbeidene ble derfor ikke ansett som et endringspålegg, men som en del av den opprinnelige kontraktsforpliktelsen.

De samme hensyn ligger bak bestemmelsen om leverandørens plikt til å holde et register og forutsetningen er at leverandøren på basis av registeret skal kunne rapportere om status for meldte endringer til enhver tid jfr. 3.6.2(5). Dette kan ha betydning for

beslutningstakerne på begge sider. Om skriftlighet betyr at skjemaene må være på papir eller lagres elektronisk gir ordlyden ikke noen veiledning om. Gode grunner taler for at skriftlighetskravet kan oppfylles også med et rent elektronisk system, men forutsetningen må være at sikkerheten rundt arkivet er så høy at innholdet ikke kan endres slik at det oppstår fare for bevisforspillelse ved en eventuell konflikt.

Ordren bør beskrive selve endringen og hvilke virkninger den skal ha for både pris og fremdrift. Kunden kan henvise til konsekvensutredningen som ligger til grunn. I alle fall bør ikke ordren avvike fra utredningen.

I tillegg til krav om skriftlighet og innholds krav skal endringsordren underskrives av bemyndigede representanter for begge parter. Hvem som skal ha signaturrett på endringsordren vil følge av selskapsrettslig lovgivning eller eventuelt av fullmaktsbestemmelser i avtaleloven.

6.4 Rettsvirkninger av utstedt endringsordre

Endringsordren er en koblingssentral mellom partenes krav og plikter. Kundens endringskompetanse ble drøftet ovenfor. Endringskrav oppstår når kunden benytter den kompetansen og utsteder en endringsordre. På virkningssiden fører dette til at en arbeidsplikt oppstår for leverandøren. Han kan igjen gjøre et vederlagskrav gjeldende overfor kunden, som fører til betalingsplikt. Leverandøren kan også ha krav på fristforlengelse med den virkning at han ikke kommer i mislighold i denne perioden.

6.4.1 Når inntre leverandørens utførelsesplikt

Spørsmålet om hva leverandøren kan pålegges å utføre følger hovedsakelig av kundens endringskompetanse og rekkevidden av den. Jeg viser til fremstillingen overfor.⁴⁶

Problemstillingen i dette avsnittet er når utførelsesplikten inntre etter at en endringsorde er utstedt. Hovedregelen etter PS2000 er at endringsordrer først kan iverksettes i en senere iterasjon. Arbeidsplikten krever endringsordres form og jeg tolker ordlyden ”eventuelt besluttet ... i et etterfølgende trinn” slik at partene sammen skal

⁴⁶ Jfr. 6.2.3 og 6.2.4

avgjøre i hvilket trinn implementeringen passer best. Partene må fritt kunne avgjøre om endringen skal gjennomføres i neste eller i en senere iterasjon. Beslutningen om implementering tas av koordineringsgruppen og vedtas i et kontrollpunkt. Dette betyr at den tidligst kan bli implementert i det etterfølgende utviklingstrinn.

I det foregående har jeg drøftet plikten til konsekvensutredning og det er en forutsetning at bare endringsanmodninger og endringsordrer som er ferdig konsekvensutredet kan besluttet iverksatt i et kontrollpunkt jfr. pkt. 3.4.5(2).

Et unntak fra denne hovedregelen gjelder for mindre endringer som skal iverksettes fortløpende, jeg viser til drøftelsen ovenfor.

Når utførelsesplikten inntreffer ved omtvistede endringsordre fremgår av pkt. 3.6.3(2) og vil bli drøftet i avsnitt 7.2

Hvordan er reguleringen av arbeidsplikten i relevant kontraktspraksis?

Etter NF 92 kan kunden i utgangspunktet kreve endringsordrer iverksatt til enhver tid.

Den eneste begrensningen for leverandøren arbeidsplikt er den relative fristen "uten ugrunnet opphold" og dette gjelder uavhengig av om konsekvensene for pris og fremdriftsplan er avklart jfr. NF92 15.1, SSU pkt 9.4(4) og IKT-SUP pkt. 6.3.4. Regelen er en konsekvens av formålet med endringshåndteringsreglene. Leverandøren er fratatt muligheten til å holde tilbake sin innsats for å bruke dette i en forhandlingssituasjon.

Bestemmelsene gjelder uavhengig av om endringsordren er omtvistet eller ikke.

Leverandørens hensyn skal ivaretas med andre materielle og prosessuelle regler.

Hvilken betydning en skal legge i fristen "uten ugrunnet opphold" er ikke entydig i juridisk teori. Kaasen hevder at kunden kan gjøre misligholdssanksjoner gjeldene ved unnlattelse av utførelsesplikten.⁴⁷ På den annen side mener Barbo at hensikten med fristen er å understreke utførelsesplikten og at begge parter som regel er tjent med at leverandøren kan utføre implementering når han måtte ønske det.⁴⁸ Etter min oppfatning synes Barbos synspunkt her å være de beste. Hvis leverandøren utsetter iverksettelsen så bør han kunne

⁴⁷ Kaasen, s.350

⁴⁸ Barbo, Kontraktsomlegging i entreprise, s. 115

velge det så lenge utsettelsen ikke får følger for kunden eller andre som kundens har risikoen for.⁴⁹

Ved første øyekast kan det se ut som om PS2000 avviker fra relevant kontraktspraksis med hensyn til utførelsesplikten. Forskjellen er størst med hensyn til hvilken utviklingsmetode som er valgt og andre kontraktsmekanismer som anvendes. Det gjør det også vanskelig å sammenligne utførelsesplikten. Også etter PS2000 vil partene som regel, være best tjent med at leverandøren utfører endringsarbeidene på det tidspunkt som han mener er det gunstigste for begge parter. På grunn av ulikheter med hensyn til gjennomføringsmodell er det vanskelig å vurdere hvorvidt utførelsesplikten etter PS2000 avviker fra relevant kontraktspraksis. Men reguleringen av utførelsesplikten etter PS2000 synes hensiktsmessig og gir god sammenheng med kontraktens system.

6.5 Leverandørens krav om endringsordre

6.5.1 Innledning

I det foregående har leverandørens utførelsesplikt oppstått som en følge av at kunden har utstedt en formell endringsordre. Tema i dette avsnittet er de rettslige spørsmål som kan oppstå når kunden har fremsatt en uformell instruks overfor leverandøren eller andre omstendigheter som kan få konsekvenser for utviklingsprosjektet. Leverandøren er usikker på om pålegget ligger innenfor de opprinnelige kontraktsforpliktelser eller om omstendighetene vil kunne medføre at han risikerer å komme i mislighold.

Med omstendigheter menes her forhold som kunden etter standarden har risikoen for. I utviklingsprosjekt kan det ofte forekomme at begge parter misligholder sine plikter samtidig, men dette gjør ikke reglene mindre viktige.

Reglene har en sentral posisjon i endringshåndteringssystemet og hovedregelen finnes i standardens pkt. 3.6.1(2).

Hovedproblemstillingen er å redegjøre for hvordan leverandøren kan unngå miste retten til utstedelse av en formell endringsordre. Hvis han ikke varsler innen fristen, blir følgene at han må utføre arbeid uten å ha krav på ekstra betaling eller fristforlengelse. Reglene er prosessuelle og knyttet til en frist med preklusivvirkninger.

Hvis leverandøren har bevart sin rettslige posisjon og kunden fortsatt er uenig i hans standpunkt skal konflikten defineres som omtvistet. Begrepet omtvistede endringsordre og hvordan leverandørens arbeidsplikt er regulert i forhold til disse drøftes i 7.1. Standardens prosedyrer for løsningen av tvister underveis drøftes i 7.2.

PS2000 tar sikte på å regulere varslingsplikten i flere konkrete situasjoner.

Varslingsregler er også inntatt i enkeltbestemmelser utenfor kapittelet om endringshåndtering. Hvorvidt varslingsplikten er regulert uttømmende i standarden eller kan tenkes anvendes analogisk på andre tilfeller enn det standarden regulerer kommer ikke til å bli drøftet i analysen.

Jeg drøfter først reglene opp mot den mest sentrale situasjonen, hvor kunden har gitt en uformell instruks og leverandøren er uenig eller usikker på om instruksjonen ligger

innenfor hans forpliktelser. Deretter drøftes varslingsfristen ”uten ugrunnet opphold”. Tilslutt drøftes andre situasjoner hvor varslingsreglene kommer til anvendelse i standarden.

6.5.2 Hensyn bak og formålet

Begge parter har et styringsbehov og er derfor tjent med at konflikter identifiseres tidlig. De bør sikre seg dokumentasjon til støtte for sitt syn før temaet blir for sammenblandet med andre aspekter av kontraktsarbeidet. For leverandøren er det viktig å vite hva som er det relevante grunnlaget for planleggingen av utviklingsarbeidene.

Et sentralt hensyn er at kontraktsavviklingen skal være effektiv. Kontrakten vil kun være prosessdempende hvis uenigheten identifiseres raskt, formodningen er da at den kan løses raskt. Formålet er først og fremst å hindre at konflikter oppstår, sekundært skal uenigheten ivaretas av kontraktens tvisteorganer.

Reglene skal også sørge for at fremdriften i utviklingsprosjektet ikke hindres. Potensielle konflikter skal gjennom regelen kunne transformeres til spørsmål om vederlagsjustering.

Hvilke alternativ kan tenkes i forhold til regelen? I utgangspunktet er det opptil hver av partene å tolke sin egen kontraktsmessige situasjon og hver part er selv nærmest til å bære risikoen for egen tolkning. Leverandøren kunne risikofritt overse formløse krav eller han kunne følge dem opp og opparbeide ekstra krav på vederlag. Begge alternativ vil kunne føre til mye uklarhet med hensyn til partenes kontraktsforpliktelser. Et av formålene med regelen er at noe av risikofordelingen avgjøres ved hjelp av preklusjonsreglene.

For kunden er hensynet til forutberegnlighet viktig. Han vil søke å unngå betydelige krav i ettertid og sikre seg muligheten til å ta stilling om endringen likevel ønskes gjennomført. Kunden har behov for beskjed om situasjoner som etter leverandørens oppfatning kan lede til ekstraavgifter eller forsinkelse. Jo raskere kunden mottar kravet jo større muligheter har han til å ta forhåndsregler. Kunden kan velge å trekke allerede gitte arbeidspålegg eller omprioritere ved å redusere annet arbeid. Han kan iverksette andre kostnadsbesparende tiltak. Det kan være aktuelt å fremsette forseringstiltak hvis han har adgang til det. Rent generelt kan det tenkes at kunden kan avdempe eventuelle skadevirkninger som en forsinkelse vanligvis innebærer.

En plikt til å varsle når leverandøren mener at et pålegg fra kunden endrer hans forpliktelser etter kontrakten vil bidra til økt forutberegnlighet. Men skal regelen bli

effektiv må leverandøren tape retten ved oversittelse av fristen. En slik streng regel stiller store krav til partenes formelle prosjektadministrasjon. Hvis partene ikke følger opp disse kravene vil regelen kunne føre til en urimelig balanse mellom partenes rettigheter og plikter.

Hovedformålet med regelen er at partene skal tvinges til å ta standpunkter og å meddele dem til hverandre. Slik kan tvister frembringes som midlertidig eller endelig løses av andre materielle og prosessuelle regler.

6.5.3 Hovedregelen

Etter PS2000 er leverandøren gitt adgang til kreve endringsordre for omstendigheter som han mener vil lede til et endringsbehov. Hjemmelen for leverandørens rett til å anmode om endringsordre er pkt. 3.6.1(2) jfr. pkt. 3.6.1(1).

Med varslingsplikt menes i det følgende at leverandøren plikter å varsle kunden for å ivareta sin rettslige posisjon i forhold til omstendigheten som kan føre til endringsbehov. Etter ordlyden har Leverandøren "tilsvarende" rett til å fremme endringsanmodning som kunden. At ordlyden benytter "kan" og ikke må, kan ikke være avgjørende. "Kan" må tolkes i samsvar med bestemmelsens siste punktum, hvor det fremgår at retten til å påberope seg endringsordre bortfaller hvis fristen oversittes.

Den klassiske situasjonen er når kunden krever utført arbeider eller leveranser som leverandøren hevder ligger utenfor hans kontraktsforpliktelser jfr. pkt. 3.6.1(2).

Det må være et utsagn som leverandøren kan bygge på. Ordlyden angir at "kunden krever utført arbeid eller leveranser" jfr. pkt. 3.6.1(2). Dette innebærer for det første at det må foreligge et krav, ikke et forslag eller en antydning. Bestemmelsens ordlyd gir ingen veiledning med hensyn til formkrav. Men spørsmål om instruksens formkrav må tolkes i samsvar med pkt. 2.3(2). Den pålegger partene skriftlighet ved alle varsler, krav eller andre henvendelser. Leverandøren må derfor kunne anta at muntlige pålegg ikke er tilstrekkelig til at han må reagere. Etter relevant kontraktspraksis, som har likelydende bestemmelser, må også kundens pålegg handle om utførelse av et nærmere bestemt arbeid.⁵⁰ I

⁵⁰ Sml. NF92 16(1).

sjøentreprise innfortolkes et innholdskrav om tema og presisjon i utsagnet for at leverandøren skal måtte agere.⁵¹ Hva som kan kreves av presisjon i henhold til PS2000 er usikkert. Pålegget bør være så presist at leverandøren kan vurdere konsekvensene instruksen vil kunne få for prosjektet.

6.5.3.1 Den preklusive fristen

Fristens utgangspunkt er det tidspunkt når det foreligger en instruks som gir leverandøren foranledning til å reagere.

Fristens lengde ”uten ugrunnet opphold”, er en relativ frist. Begrunnelsen er et behov for fleksibilitet med hensyn til hvor lang tid leverandøren skal kunne bruke før han varsler kunden. Det må foretas en konkret helhetsvurdering hvor alle relevante omstendigheter må tas i betraktning.

Leverandøren kan kun vente så lenge han har saklig grunn til det. Dette stiller krav til at han må etablere rutiner for å kunne fange opp om noe er endringer under prosjektets gang. Det er også leverandøren som presumptivt skal ha best oversikt over prosjektet. Kun grunner på leverandørens hånd kan anses relevante, han kan ikke tillate seg å somle selv om varselet ser ut til å være uten betydning rent tidsmessig. Saklig grunn bør vurderes opp mot objektive kriterier som for eksempel leverandørens organisering av prosjektet og kundens innspill, og hans kapasitet og ekspertise til å vurdere mulige konsekvenser for prosjektet.

Leverandørens øvrige plikter etter kontrakten vil også være av betydning. Prosjekteringsrisikoen i PS2000 er fordelt mellom partene og dette legger visse føringer på leverandørens system for å sortere ut instruks.⁵²

Et annet moment er hvilke krav som skal stilles til varslets innhold. Det gir trolig best sammenheng med kontraktens system hvis det gjelder de samme innholdskrav som for kunden når han utsteder en endringsanmodning. Det må være

⁵¹ Kaasen, s. 370-371

⁵² BARBO, s. 220

tilstrekkelig at det angis hvilke endringer som anses nødvendige. Leverandøren skal deretter utarbeide en konsekvensutredning innen fristen angitt i Bilag C.⁵³

Hvor lang tid han skal kunne bruke er avhengig av hvilken prioritet han forventes å gi problemet. Momenter som kan være relevante her er hvor raskt kunden ønsker at pålegget skal implementeres, virkninger pålegget kan ha for annet arbeid som er planlagt og om instruksen er direkte påvirkende for fremdriften i prosjektet. Også hensynene bak reglene er relevante i denne sammenheng, kunden har behov for rask kontrabeskjed slik at han eventuelt kan vurdere andre tiltak eller frafalle instruksen.

Alle disse forhold må leverandøren sammenholde med den kapasitet han har til å kunne vurdere instruksen.⁵⁴

Fristen avbrytes først når den har kommet frem til kunden. Dette følger av pkt. 2.3(2), hvor angitte tidsfrister skal regnes fra tidspunktet meddelelsen er mottatt. Standarden legger ikke opp til spørsmål om det er nok til fristavbrytelse at varselet er forsvarlig sendt, slik som tilfellet er for i annen relevant kontraktspraksis.⁵⁵ Spørsmålet er vel mest praktisk problematisk hvis fristen hadde vært absolutt.

En kan reise spørsmålet om en relativ varslingsfrist er mer hensiktmessig enn en absolutt frist. Hovedbegrunnelsen for en relativ frist er at den gjelder uformelle instruksjoner som det kan være vanskelig å tidfeste eksakt. Det problematiske kan være å fastlegge utgangspunktet for fristen. På den annen side vil en absolutt frist være mer forutberegnelig for begge parter. Hovedbegrunnelsen for en absolutt frist er hensynet til konsekvensen som er at leverandøren mister sin rett til å kreve ekstravederlag.

6.5.4 Rettsvirkninger

Oversittes fristen kan kunden kan avvise varselet formløst og det inntrener en preklusjonsvirkning. Virkningen er at instruksen anses som om den er omfattet av avtalen og leverandøren har ikke krav på endringsordre. Med andre ord leverandøren får

⁵³ Se 6.2.5

⁵⁴ Kaasen, s. 376

⁵⁵ BARBO, s. 214-215

arbeidsplikt i forhold til det gitte pålegget uten krav på ekstra vederlag. Dette gjelder selv om pålegget i utgangspunktet var klart utenfor de opprinnelige kontraktsforpliktelser.

På den annen side hvis leverandøren har varslet innen fristen, er ballen spilt over til kunden. På bakgrunn den utarbeidede konsekvensutredning som etterfølger varselet, har kunden tre måter å spille ballen tilbake på. Kunden kan tilbakekalle instruksen og problemet bortfaller. Hvis han er enig i leverandørens standpunkt, plikter han å utstede en ordinær endringsordre. Men hvis kunden er uenig i leverandørens standpunkt plikter han også å utstede en omtvistet endringsordre for at leverandøren skal ha noen utførelsesplikt jfr. pkt. 3.6.3. Kunden bør kunne velge om han vil gi leverandøren delvis medhold, ved å dele opp endringsordren i en omtvistet og i en regulær del.⁵⁶

⁵⁶ Kaasen, s. 394-395

6.5.5 Varslingsreglenes anvendelsesområde

Etter PS2000 kan leverandøren kreve endringsordre i ulike situasjoner.

I det foregående har jeg drøftet situasjonen hvor kunden krever utført arbeid eller leveranse som etter leverandørens syn ligger utenfor kontraktsforpliktelsen.

Pkt 3.6.1(2) gir også hjemmel for kreve endringsordre når en av partene pålegges offentligrettslige krav som følge av endringer i lover eller forskrifter. Vilåårene er at kravene må ha oppstått etter avtaleinngåelsen og de må medføre enten ekstra arbeid eller kostnad eller forsinkelse av betydning for leverandøren. Rettsvirkningene er knyttet til preklusjon som ovenfor.

Dette kan for det første være krav som berører kunden virksomhet direkte, for eksempel næringsvirksomhet generelt eller som berører behandling av personopplysninger hos kunden, f. eks. opplysninger om ansatte eller kunder.⁵⁷ Etter PS2000 er det leverandøren som plikter videre å holde seg orientert om og etterleve relevante, gjeldende lover og forskrifter jfr. pkt.1.2(3). Kunden plikter kun å benytte leveransen i henhold til gjeldende lover og forskrifter jfr.1.3(1). Standardens generelle bestemmelser om medvirkningsplikter plasserer ikke risiko for en slik utilsiktet endring. Det er derfor hensiktsmessig med en egen bestemmelse hvor leverandøren må kreve endringsordre.

Varslingsreglene gjelder også direkte når kunden enten ved handling eller unnlåtelse påfører leverandøren arbeid eller kostnad som faller utenfor leveransen eller som forsinker leverandøren jfr. pkt 3.6.1(2)2pkt.

Med unnlåtelse menes først og fremst mislighold av medvirkningsplikten.⁵⁸ Bestemmelsen må tolkes i lys av kundens generelle plikt til å samarbeide med leverandøren, slik at han ikke kommer i forsinkelse eller blir hindret på annen måte ved oppfyllelsen av prosjektet jfr. pkt. 1.3. Kunden plikter å stille personell og andre leveranser til rådighet slik det er angitt i kontrakten.⁵⁹ Mislighold kan oppstå når kunden enten setter inn personell med manglende faglig kompetanse eller ikke avsetter nok ressurser til prosjektet. Det er en

⁵⁷ Føyen, s. 218-19

⁵⁹ Se Bilag B 2.3

forutsetning for oppfyllelse av kontrakten at kundens personale medvirker ved deltakelse i gjennomføring av prosjektet. Hvis kunden ikke yter tilstrekkelig innsats kvantitetsmessig, kvalitetsmessig eller at disse ytelser ikke settes inn til riktig tid kan leverandøren få betydelige problemer med oppfyllelsen av sine forpliktelser. I systemutviklingsprosjekter er partene gjensidige avhengig av hverandre og hvis kundesidens ytelser blir hengende etter vil leverandøren få problemer med å overholde avtalte milepæler.

Hvilket alternativ har leverandøren når kundens mislighold fører til forsinkelse?

Alternativet er å påberope seg misligholdssanksjoner for selv å unngå mislighold. Men dette kan skape mye støy og et høyt konfliktnivå. Det er nok mer hensiktsmessig at problemet sluses gjennom endringsreglene.

Med handling menes at kundens personale på en aktiv måte forstyrrer eller hindrer fremdriften uten at det regnes som et mislighold etter kontraktens bestemmelser.

Det kan tenkes at kunden gjør noe i systemet, for eksempel i forbindelse med testing, som fører til en feil som leverandøren må rette opp. Også det forhold at kunden stadig fremmer både uformelle og formelle krav kan kanskje subsumeres under denne bestemmelsen.

6.5.5.1 Særlige bestemmelser om varslingsplikt

PS2000 ha en særlig bestemmelse om varslingsplikt på grunn av utskifting av Kundens personale jfr. pkt. 2.1.4. Situasjonen er den at kunden på eget initiativ har skiftet ut eget personale i utviklingsprosjektet. Leverandøren må kunne beviset at fremdriften er blitt forsinket som følge av denne utskiftningen. Han kan vente til kunden har satt inn de ”riktige” eller nye prosjektmedarbeiderne, og avvente situasjonen for å se om forsinkelsen vil materialisere seg før han ber om fristforlengelse i form av endringsanmodning. Det kan kanskje reises spørsmål om ikke dette er en handling som omfattes av varslingsplikten under kundens mislighold, drøftet ovenfor. Hvis ikke det er tilfellet er det hensiktsmessig å ha en egen bestemmelse som regulerer denne situasjonen.

En annen situasjonen hvor leverandøren har varslingsplikt er når han bestrider en meldt feil eller mangel jfr. pkt. 3.5.1. Bestemmelsen er plassert under avsnittet for godkjenningssprøven. Den krever at leverandøren dokumenterer at det kunden anfører ikke er en feil eller mangel. Det bør stilles strenge beviskrav her. Det følger av pkt. 2.3 at

Leverandøren løpende skal ajourholde og gjøre tilgjengelig en oversikt over alle registrerte og ikke utbedrede feil eller mangler for kunden. I forbindelse med de ulike testene under godkjennings- og avslutningsfasen skal protokoller som dokumenterer alle registrerte og ikke utbedrede feil eller mangler, løpende legges frem for Kunden. Rettsvirkningen av at leverandøren ikke varsler er at han ikke kan kreve ekstra vederlag for pålegg som er fremmet som rettekraft.

Begge bestemmelsene opererer med en relativ varslingsfrist, men en oversittelse av fristen er etter ordlyden ikke knyttet til preklusjon. Bestemmelsen sier bare at leverandøren "må" utstede en endringsordre. Dette reiser spørsmålet om det allikevel kan innfortolkes en preklusjonsvirkning i tråd med hovedregelen, drøftet overfor.

På den ene siden kan samme frist, ordlyden "må" og sammenhengen med standardens system for øvrig, tale for en slik tolkning. På den annen side kan det hende at disse spesialbestemmelsene ikke er ansett så viktige at preklusjonsvirkninger er ansett nødvendig for at kontrakten skal kunne virke effektivt. Risikoen forblir jo hos leverandøren hvis han ikke varsler. Konklusjonen må bli at en innfortolkning av preklusjon her blir for streng til at standardens ordlyd kan fravikes. Dette burde vært regulert klarere i PS2000.

I tillegg har standarden en særlig bestemmelse om varslingsplikt for tilfeller hvor kunden misligholder sine medvirkningsplikter jfr. pkt. 6.2.2. Bestemmelser operer ikke med en preklusiv frist eller virkning. Avgrensingen mot bestemmelsen om kundens mislighold drøftet ovenfor er uklar.⁶⁰ Bestemmelsene omfatter etter ordlyden overlappende situasjoner og har ulike rettsvirkninger. Her burde PS2000 hatt en mer ryddig avgrensing.

⁶⁰ Jfr. 6.5.5

7 Omtvistet endringsordre og tvisteløsning underveis

7.1 Omtvistet endringsordre i PS2000

7.1.1 Innledning

I det foregående har vi sett at begge parter kan fremme endringsanmodninger. Kunden i kraft av sin endringskompetanse, som medfører at leverandøren får en plikt til å utrede konsekvensene av pålegget. Leverandøren på sin side kan fremme en endringsanmodning for å ivareta sin rettslige posisjon. Forutsetningen er at han ikke har tapt retten på grunn av preklusjon.

Situasjonen som skal drøftes her er at kunden mener leverandørens standpunkt er feil. Problemstillingen er hva kunden for må gjøre for å kunne pålegge leverandøren arbeidsplikt og hvilke vederlagskrav leverandøren eventuelt kan gjøre gjeldende inntil tvisten er avgjort.

Hvilke alternativ har partene når de uenige i hverandres standpunkt? Hvis kunden mener at leverandøren tar feil kan han passivt fastholde sitt standpunkt. Leverandøren kan velge å bøye seg for kundens standpunkt og utføre, men han risikerer at han utfører ekstra arbeid uten å opparbeide vederlagskrav. Han kan også fastholde eget standpunkt og derved risikere å komme i mislighold. Et slikt system vil ikke være rasjonelt hvis dette er eneste alternativ til å avklare situasjonen. Det er fare for at prosjektets fremdrift kan forhindres og dette kan innebære at leverandøren må ta avgjørelser i en opphetet situasjonen som senere kan vise seg å få vidtrekkende konsekvenser. En slik risikoplassering kan være velbegrunnet i et ordinært kontraktsforhold, hvor forutsetningen ikke er at leverandørens ytelsesplikt skal justeres underveis.⁶¹ Hensynene bak reglene om omtvistede endringsordre er i stor grad sammenfallende med hensynene redegjort for i avsnitt 6.5.2, og jeg viser til fremstillingen der. Viktigst her er forutberegnelighet med hensyn til partenes plikter og rettigheter inntil tvisten er avgjort.

⁶¹ Kaasen, s.266

7.1.2 Begrepet omtvistet endringsordre og arbeidsplikten

Etter PS2000 skal en endring defineres som omtvistet i to tilfeller. For det første når det er uenighet om det foreligger en endring. For det annet når det er enighet om selve endringen, men ikke om hvilke konsekvenser den skal ha for vederlag og for fremdriften jfr. pkt.

3.6.3(1). Når det er konstatert tvist plikter kunden å utstede en endringsordre hvor det uttrykkelig fremgår at den er omtvistet, for at leverandørens utførelsesplikt skal oppstå.

Tvisten skal behandles og avgjøres etter kontraktens tvisteløsningsprosedyre i kapittel 8.5, viser avsnitt 7.2.

Når plikter leverandøren å implementere den omtvistede endringsordren?

Kunden kan kreve at leverandøren implementerer den omtvistede endringen i det etterfølgende utviklingstrinn jfr. pkt.3.6.3(2). Bestemmelsen setter tre vilkår for når leverandøren må implementere endringen. For det første er det en forutsetning at forhandlingene i koordineringsgruppen har strandet og megling er innledet. For det annet må kunde eksplisitt kreve det. For det tredje må ikke den omtvistede endringsordren medføre at den samlede nettoeffekten av endringene overskrides.⁶² Den omtvistede endringsordren skal vurderes sammen med andre utredede endringsanmodninger og ordinære endringsordre som allerede er vedtatt.

Når leverandøren har implementert den omtvistede endringsordren og tvisten ikke er avgjort kan det oppstå et spørsmål om han kan kreve et midlertidig vederlag. Etter PS2000 må leverandøren kunne kreve det. Vederlaget må i utgangspunktet fastsettes etter kontraktens bestemmelser. Det er kunden som avgjør hvilket midlertidig vederlag han kan akseptere å betale. Risikoen er jo at kunden må betale renter for det han har betalt for lite etter at det endelig beløpet er fastsatt jfr. pkt. 6.2.1.

⁶² Jfr. 6.2.3.1.

7.1.3 Vurdering av reglene om omtvistede endringsordre i PS2000

I PS2000 omfatter begrepet omtvistet endringsordre alle tvister som følger av endringer. I annen relevant kontraktspraksis brukes begrepet annerledes. Det er kun hvis det er uenighet om et pålegg utgjør endring at begrepet omtvistet endringsordre benyttes. Hvis tvisten kun dreier seg om virkningene kalles det en tvist om konsekvenser.

For å kunne vurdere reglene må en se på hvordan tvister rundt det som omfattes av begrepet omtvistede endringsordre i følge PS2000 er regulert i relevant kontraktspraksis.

Tvist om endring foreligger

I relevant kontraktspraksis må ulike vilkår være oppfylt for at leverandørens utførelsesplikt skal oppstå mens tvisten er uløst.⁶³ Kunden må utstede en endringsordre hvor det uttrykkelig fremgår at den er omtvistet. Kunden skal begrunne hvorfor han mener at det ikke er en endring i forhold til kontrakten.

I følge IKT-SUP må kunden i tillegg stille sikkerhet før en kan si at det foreligger en plikt jfr. IKT-SUP A 9.7. Etter SSU og IKT-SUP skal endringen implementeres så snart alle vilkårene er oppfylt. I henhold til begge standardene må leverandøren i tillegg kreve ekstern prosedyre som avtalt i standardene innen en preklusiv frist på 6 måneder.⁶⁴ Fristen løper fra utstedelsen av den omtvistede endringsordren, oversittes fristen regnes endringen for å ligge innenfor kontraktforpliktelsen.

Tvister om konsekvensene av en endring

Utgangspunkt er her at kunden har utstedt en ordinær endringsordre.

Tvist om vederlaget

Etter relevant kontraktspraksis har leverandøren krav på midlertidig vederlag.⁶⁵ Det er kunden som bestemmer det foreløpige vederlaget. Hvis leverandøren er uenig må han ta ut søksmål. Både IKT og SSU opererer med preklusiv søksmålsfrist. Oversittes fristen blir det foreløpige vederlaget regnet som endelig.

Tvist om fremdriften

⁶³ Jfr. IKT-SUP 6.6.2 (3) og SSU 9.7.

⁶⁴ Jfr. SSU 9.8 (1) og IKT-SUP 6.6.2 (5)

⁶⁵ Jfr. SSU 9.5 og IKT 6.5.1 (1)

Tvister kan tenkes å oppstå på ulike måter. Mest vanlig vil det tilfellet være hvor leverandøren i sin konsekvensutredning krever en lengre utsettelse av fremdriftplanen enn det kunden mener endringen gir grunnlag for. Alternativet til tvisteløsning her er at spørsmålet først blir avklart i forbindelse med kundens krav om dagmulkt, hvis leverandøren overskrider de opprinnelige fastsatte milepæler og ferdigstillelsesdatoen. En annen praktisk situasjonen er hvor kunden krever forsering for å ta igjen forsinkelse som han selv har risikoen for.⁶⁶ Leverandøren hevder at endringen har konsekvenser for fremdriften, kunden bestrider det men krever subsidiært at leverandøren skal forsure for å holde opprinnelig avtalt ferdigstillestid. Dette blir da en separat instruks, hvor partene er uenige om hvorvidt den innebærer en endring. SSU har ingen bestemmelse som regulerer spørsmål om tvist om fremdriften.

IKT-SUP har en egen bestemmelse som regulerer spørsmålet jfr. 6.5.2.

I første ledd er en generell bestemmelse om at begge parter syn skal fremgå av endringsordren hvis det er uenighet om virkningen på fremdriften. Den gjelder for alle konflikter som ikke omfattes av tiltak etter 6.4.2, men angir ikke hvordan konflikten skal løses. Ved uenighet om virkningen av forseringstiltak etter 6.4.2 må leverandøren reise søksmål etter bestemmelsen jfr. IKT-SUP 6.5.1(2) og 6.5.2(2). Deretter sier bestemmelsen at tiltakene skal iverksettes etter standardens regler for omtvistede endringsordrer.⁶⁷

Selv om relevant kontraktspraksis ikke er helt entydig med hensyn til regulering av omtvistede endringsordre er hovedinntrykket at reglene i relevant kontraktspraksis fremstår som unødvendig kompliserte i forhold til reguleringen i PS2000. Spesielt sontringen mellom tvist om konsekvenser og tvist om endringer virker uklarhet. Dette gjelder både for vilkårene for arbeidsplikten og tvisteprosedyre underveis. Et klart eksempel er tvister om forseringstiltak som det er redegjort for ovenfor. Disse tvistene skal dels subsumeres som tvist om konsekvenser og dels som tvist om endringer. Tvisteløsningen underveis er avhengig hvilke bestemmelser tvisten subsumeres under.

Ved omtvistede endringsordre legger relevant kontraktspraksis opp til bruk av kraftigere kontraktsmekanismer enn den i PS2000. For eksempel søksmålsanlegg knyttet til

⁶⁶ Se avsnitt 6.2.4 og 6.2.4.2

⁶⁷ Se Kaasen, s.360-361

preklusjon for å avgjøre og sikkerhetsstillelse som vilkår for arbeidsplikten mens tvisten pågår. Utgangspunktet i PS2000 er at partene i større grad må forhandle for å løse tvister. I stedet for søksmål kan partene kreve voldgift hvis tvisten låser seg, men adgangen er ikke knyttet til preklusjon og forutsetter at standardens prosedyre følges jfr. pkt. 8.5.3. Tvister kan avklares dersom de følges opp av leverandøren, men det kan også skape problemer dersom fristen utløper midt i prosjektet, det vil neppe være bra for samarbeidet å ha en slik tvist gående mellom partene. Jeg kan ikke se at det skaper mer forutberegnelighet i utviklingsprosjekter med slike vilkår, mens prosjektet pågår.

Reguleringen av omtvistede endringsordre etter PS2000 virker mer hensiktsmessig enn den i relevant kontraktspraksis.

7.2 Konfliktløsning i PS2000

Når en omtvistet endringsordre er utstedt plikter leverandøren å utføre endringen uavhengig av om uenigheten om konsekvensene av endringen eller om hvorvidt det er en endringen eller ikke er endelig avgjort. Prinsipielt strider dette med det grunnleggende kontraktsrettslig prinsippet ytelse mot ytelse. Ubalansen skal gjenopprettes ved å sikre leverandøren kompensasjon i form av både materielle og prosessuelle regler.

En sentral del av endringshåndteringssystemet er derfor de prosessuelle regler for å løse tvister som oppstår underveis. Enkelte potensielle konflikter løses direkte av preklusjonsreglene som er drøftet ovenfor.⁶⁸ Konflikter som materialiserer seg må løses underveis, slik at en unngår forstyrrelser av fremdriften i prosjektet. Ved anvendelse av iterativ utviklingsmetode er formodningen at uenighet lettere vil bli synbar for partene og dette kan medføre at flere tvister behandles på et tidligere tidspunkt. Ved fossefallsmetoden er formodningen den motsatte, flere tvister vil behandles i sluttoppgjøret enn underveis i prosjektet.⁶⁹

Alle konflikter, og det vil si forhold som er benevnt som tvist i standardens bestemmelser, skal søkes løst igjennom en tredelt tvisteløsningsprosedyre som drøftes i pkt. 7.2.2 flg.

⁶⁸ Se avsnitt 6.6

⁶⁹ Føyen, Kontrakter for utvikling, s. 562-563

7.2.1 Hensyn for og imot tvisteløsning underveis

Sentralt er hensynet til forutberegnlighet for partene med hensyn til deres plikter og rettigheter underveis i prosjektet.

Det tradisjonelle utgangspunkt har vært at konflikter rundt endringer har skjedd i forbindelse med sluttoppgjøret.⁷⁰ Underveis kan et sluttoppgjør bli trigget enten ved bruk av avbestillingsretten eller ved heving på grunn av vesentlig mislighold. I perioden frem til sluttoppgjøret må hver part bære risikoen for egen tolkning av kontrakten. En fordel med å utsette tvisteløsningen til sluttoppgjøret er at fremdriften i prosjektet ikke behøver å forstyrres nevneverdig. På den annen side vil ikke en utsettelse av omtvistede spørsmål nødvendigvis bidra til et godt samarbeidsklima mellom partene. Spesielt gjelder dette hvis uenigheten dreier seg om prinsipielle spørsmål som er av stor betydning for en av partene. Antall krav og motkrav kan bli stort og vil innbære usikkerhet og stor risikoeksponering som partene ikke er tjent med.

Et hensyn mot tvisteløsning underveis er risikoen for at partene ikke oppnår et materielt riktig resultat på grunn av den enkle prosedyren som forutsettes anvendt i standarden. På den annen siden vil en mer omfattende prosedyre bli dyrere for partene. En kan reise spørsmålet om en avgjørelse av en tvist underveis bør være endelig eller kun midlertidig. Hensynet til forutberegnlighet bør også her veie tyngst, hvis ikke løsningen er endelig vil partenes ønske om begrensning i risikoeksponeringen bli fiktiv.⁷¹

7.2.2 Intern prosedyre

Partene må først søke løsning i de samarbeidsfora som er etablert i prosjektet og på det riktige nivået i partenes organisasjon som samarbeidet legger opp til. Tvister som ikke lar seg løse etter forhandlinger mellom partenes prosjektledere skal bringes inn for behandling i koordineringsgruppen jfr. pkt. 8.5.1. Koordineringsgruppens kompetanse og

⁷⁰ Eksempler avsnitt 6.3.1

⁷¹ Føyen, s. 563-564

sammensetning fremgår av pkt. 2.1.1 og Bilag B2. Begge partene kan til enhver tid kreve at gruppen behandler tvister. Forutsetningen er at de er fremsatt skriftlig. Saksbehandlingen skal skje senest etter 5 arbeidsdager. Konflikter som forblir uløste etter første runde skal forsøkes løst av gruppen i nytt møte 5 dager etter forrige møte. Forblir den uløst etter to saksbehandlingsrunder må tvisten oversendes til ekstern prosedyre jfr. pkt. 8.5.1 i.f.

7.2.3 Ekstern prosedyre

Hver av partene kan kreve tvisten oversendt til en uavhengig ekspert jfr. pkt 8.5.3. Etter PS2000 må partene på forhånd ha avtalt hvilken uavhengig ekspert som skal benyttes og dette skal fremgå av bilag B 5. Innen 14 dager etter at ekstern prosedyre er krevet av en part, skal begge parter ha sendt sine partsinnlegg til eksperten.

Eksperten har kompetanse til å vurdere om tvisten er egnet for en megling og deretter gjennomføre den etter hovedprinsippene i rettsmeglingsforskriften. Dersom tvisten løses innen fristen avtalt i Bilag B5, skal partene dele saksomkostningene med en halvpart hver. Løses den ikke kan partene kreve voldgift.

På den annen side hvis eksperten finner tvisten uegnet for megling har han kompetanse til å gi et skriftlig løsningsforslag på konflikten. Eksperten avgjør hva partene skal betale i saksomkostninger og løsningsforslaget er bindende for partene. Den bindende ekspertavgjørelsen kan bringes inn for voldgift innen en frist gitt i Bilag B5.

Voldgift kan kun kreves når prosedyren i det foregående er uttømt. Den skal foregå etter bestemmelsene i voldgiftsloven.⁷² Parten skal så vidt mulig samarbeide om sammensetningen av voldgiftsretten, ellers oppnevnes medlemmene etter voldgiftslovens regler.

Etter PS2000 er domstolsbehandling som hovedregel utelukket som rettsmiddel. Et unntak er gjort der kunden er et offentlig organ.

⁷² Lov om voldgift 14. mai 2004 nr. 25

7.2.4 Vurdering av prosedyrereglene i PS2000

Den største forskjellen er at standarden stiller større krav til partene om å oppnå enighet ved forhandlinger enn hva tilfellet er for relevant kontraktspraksis basert på fossefallsmetoden. En annen forskjell er at standardens hovedregel er at tvisten skal løses ved voldgift, og ikke for de alminnelige domstoler. Voldgift er raskere og men ikke rimeligere enn domstolsbehandling. Kan bli dyrere for partene, men er kun en instans. Partene kan velge dommere med særlig sakkyndighet innenfor rettområdet. Dette kan være en særlig fordel i denne type tvister som forutsetter en viss teknisk kompetanse. En annen fordel med voldgift er at avgjørelsen kan være konfidensiell.

Prosedyrereglene er godt tilpasset partenes rettigheter og plikter ved omtvistede endringsordre, viser til drøftelsen i 7.1.

PS2000 prosedyreregler virker hensiktsmessig for løsning av tvister om endringsarbeider.

8 Avsluttende bemerkninger

PS2000s regelsett for endringshåndtering gir et solid hovedinntrykk. Reguleringen er omfattende og hensiktsmessig for bruk i programvareutviklingsprosjekt. Kontrakten bør kunne benyttes på utviklingsprosjekter med en stor grad av partsprofesjonalitet, avhengig av størrelse og kompleksitet og hvor det er en del usikkerhetsfaktorer involvert. Typisk er dette prosjekter hvor det er behov for en prosjektadministrasjon og hvor partene har kompetanse og ressurser til å følge opp et endringssystem.

Reglene kan anvendes på endringsbehov som oppstår i ulike faser i prosjektet, fra utarbeidelsen av løsningsbeskrivelsen til avklaring rundt rettekraft i godkjenningsfasen.

Når partene kan benytte sin kompetanse til å foreslå eller kreve endringer er klart definert i standarden. Grensen for kompetansen og den tilhørende utførelsesplikt er klart definert. I tillegg finner vi en utstrakt bruk av objektive kriterier fremfor skjønnsmessige kriterier, noe som gjør at partenes plikter og rettigheter fremstår som forutberegnelige. Hvorvidt det ved fossefallsmetoden er hensiktsmessig med mer skjønnsmessige bestemmelser er usikkert, men ved iterativ metode er det hensiktsmessig å operere med objektive kriterier. Utviklingsmetoden i PS2000 virker godt harmonisert med endringsreglene og andre kontraktsmekanismer. Viktigst her er standardens regulering av prosjektgjennomføringen og oppfølging av usikkerhet. Begge forutsetter en betydelig plikt til samarbeid mellom partene.

Regelsettet er også forutberegnelig for leverandøren. Det fremgår klart når han kan anvende endringsreglene og når han må anvende andre regler.

Et unntak er spørsmålene rundt forsering. Slik jeg tolker standarden er kundens adgang til å kreve forsering meget vid også sammenlignet med relevant kontraktspraksis. Disse spørsmålene burde kanskje vært nærmere regulert i standarden.

Også ved uenighet omkring endringer er det viktig at endringsarbeidene faktisk blir utført. Med reguleringen i PS2000 vil uenighet kunne identifiseres raskt og samtidig som utførelsesplikten løper. På denne måten ivaretar kontrakten valget for partene, leverandøren

unngår derved unødig risikoeksponering. Prosessuelle regler må følges for at ikke rettigheter skal gå tapt. Mens reguleringen ellers i stor grad har objektive kriterier og absolutte frister, burde preklusjonsreglene kanskje også hatt en absolutt frist.

Kontraktsreguleringen sørger også for en rask og rimelig konfliktløsning. Konflikter behandles separat fra prosjektet forøvrig og konflikter skal søkes løst ved forhandlinger mellom partene før ekstern hjelp kan benyttes.

9 Litteraturliste

Andenæs, Mads-Henry: Kontraktsvilkår, 1987 (sjekk)

Barbo, Jan-Einar: Kontraktsomlegging i entrepriserforhold, Oslo, 1997

Dragsted Nicolai: IT kontrakter I & II, København, 2000

DND (Den norske dataforening): Veiledning for PS2000 kontraktsstandard vers. 2, 30s

Eckhoff, Torstein: Rettskildelære, 5 utg., Oslo, 2000

Hagstrøm Viggo: Entrepriserett utvalgte emner, Oslo, 1996

Hagstrøm Viggo: Obligasjonsretten, med Magnus Årbakke, 2003

Føyen m.fl: Kontrakter for utvikling av programvare, Oslo, 2006

Kaasen Knut: Kommentar NF92, Oslo

Mestad, Ola: Mangelsreguleringa i NF92, JV99(5-6), s. 272

Simonsen, Lasse: Kreditors mangelsbeføyelser særlig for tilvirkningskontraktene, JV99(5-6), s. 305

Torvund, Olav: Kontraktsregulering IT-kontrakter, Oslo, 1997

Woxholt, Geir: Avtalerett, Oslo, 2003

Lister over tabeller og figurer m v

Fig. 1

